

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DROIT
DES
GENS MARIÉS
DANS LA
COUTUME DE BOURBONNAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 10 Juin 1910, à 1 h. 1/2

PAR

ÉDOUARD RONGÈRES

Président : M. LEFEBVRE, professeur
Suffragants { *MM. BERTHÉLEMY, professeur*
AMBROISE COLIN, professeur

PARIS (3°)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULIER

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

DROIT
DES
GENS MARIÉS
DANS LA
COUTUME DE BOURBONNAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 10 Juin 1910, à 1 h. 1/2

PAR

ÉDOUARD RONGÈRES



Président : M. LEFEBVRE, professeur
Suffragants } *MM. BERTHÉLEMY, professeur*
 AMBROISE COLIN, professeur

PARIS (3^e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DROIT
DES
GENS MARIÉS
DANS LA
COUTUME DE BOURBONNAIS

INTRODUCTION

En remontant très loin le cours de notre histoire, nous trouvons à la période celtique, le territoire de notre Province de Bourbonnais occupé par trois peuplades différentes. Au Nord-Est, les Eduens s'étaient établis sur la rive droite de l'Allier ; les Bituriges au Nord-Ouest et au Centre, les Arvernes au Midi avaient échelonné leurs colonies sur la rive gauche (1). Au moment de la conquête romaine, Jules César installa une autre peuplade, les Boïens au milieu des tribus qui venaient de lui opposer une aussi fière ré-

(1) Plusieurs ouvrages nous ont fourni d'utiles renseignements pour l'historique de notre province. Nous citerons ceux d'Achille Allier, *L'Ancien Bourbonnais*, publié en 1833, et l'*Histoire de Bourbonnais*, de Coiffier-Demoret.

sistance. Les Boïens se dispersèrent vite au gré d'expéditions aventureuses et de fondations de colonies nouvelles. Quand les hommes du Nord eurent achevé la conquête de la Gaule, le territoire occupé par le Bourbonnais passa successivement de la domination des Wisigoths à celle des Francs, et, après la conversion de Clovis, il se trouve placé sous l'autorité des trois évêques d'Autun, de Bourges et de Clermont.

A cette division administrative donnée à ce territoire sous la dépendance des autorités religieuses, allait bientôt succéder l'organisation féodale qui, pour notre Province, remonterait à l'époque de la conquête de l'Aquitaine par Pépin le Bref (1). Notre Bourbonnais aurait commencé seulement au x^e siècle à se constituer en un domaine particulier. Le premier seigneur et souverain de cette enclave qui va grandir et former le duché de Bourbonnais fut Adhémar de Bourbon.

C'était un des fidèles de Charles et le roi lui concéda des terres pour qu'il puisse se constituer un fief.

Adhémar établit sa résidence à Souvigny qui resta la capitale du fief de Bourbon jusqu'au moment où Bourbon l'Archambault eut supplanté cette ville. En

(1) C'est dans une charte de Charles le Simple de 913 que nos historiens ont retrouvé la formation première d'une agglomération féodale distincte de l'Auvergne, de l'Autummois et du Berry.

1218, la dynastie des Bourbon Archambeau fit place à celle des Bourbon Dampierre qui dura peu et s'éteignit en 1272 (1).

A cette date, Béatrix de Bourbon, seule à représenter la dynastie, contracta mariage avec Robert de Clermont sixième fils de Louis IX. A ce mariage remonta l'avènement des Bourbons de France à la souveraineté du fief de Bourbonnais. Ce fief ne cessait d'ailleurs de s'augmenter et, en 1327, Charles IV (le Bel), pour récompenser les services rendus à la couronne par son très cher et féal cousin Louis de Bourbon, érige le Bourbonnais en duché paierie. Pendant deux siècles ce duché allait rester à l'état indépendant, mais en 1523, les biens du Connétable de Bourbon furent confisqués et le Bourbonnais fut réuni à la couronne. Désormais l'individualité de notre province a disparu.

Sous cette longue succession de princes, le Bourbonnais s'était constitué comme domaine territorial en s'annexant des terres voisines. Mais nous pouvons dire avec E. Montégut qu'il n'y a pas eu de Bourbonnais ayant existé comme territoire naturel.

Si l'on voulait en trouver un, vous dit cet intéressant auteur, il ne faudrait pas le chercher en dehors

(1) Des ouvrages très complets ont été publiés sur l'Histoire de la maison de Bourbon. Nous signalerons celui de Chantelauze, *Les ducs de Bourbon*, celui de Désormeaux, *Histoire de la maison de Bourbon*.

du fief primitif d'Adhémar et de ses successeurs immédiats.

Le Bourbonnais primitif se limiterait donc à une région de peu d'étendue dont Moulins, Souvigny et les deux Bourbon formeraient les principaux centres d'agglomération. Nous pouvons en effet constater que le district de Montluçon, comme aspect physique et comme mœurs des habitants, se rattacherait surtout à la Marche et un peu au Berry.

Les régions de Gannat et de Vichy sont étroitement rattachées à l'Auvergne comme la région de Lapalisse l'est au Pays Forézien. Beaucoup de ces pièces historiques proviennent des confiscations opérées par Louis XI. Comme le disait Guy Coquille au xvi^e : « le Bourbonnais est province nouvellement formée en marqueterie et comme en mosaïque de pièces rapportées »

Jusqu'à la fin du xv^e siècle, notre Province de Bourbonnais n'eut pas de législation générale : Les habitants vivaient gouvernés par les règles que consacraient les usages locaux. Par l'examen des anciennes coutumes locales, nous pourrions nous rendre compte que Vichy mis à part, ces usages différaient peu dans l'ensemble de notre coutume.

Par sa situation géographique, la région de Vichy (jadis le Vichias) semble former une enclave que

(1) E. Montégut, *En Bourbonnais et en Forez*.

notre province aurait prélevé sur le territoire de sa voisine l'Auvergne. La chastellenie de Vichy avait adopté les usages et le droit de la province d'Auvergne. Sauf cette région, notre province de Bourbonnais se gouvernait au Moyen Age selon les usages qui furent consignés dans les anciennes Coutumes de Berry. Nous en avons le témoignage formel de plusieurs auteurs coutumiers, (1) et jusqu'à la fin du xv^e siècle ces Coutumes exercèrent une direction capitale sur le régime coutumier de notre Province.

En avril 1453, Charles VII avait publié l'Ordonnance de Moutil les Tours qui ordonnait la rédaction des Coutumes. Pour le Bourbonnais, cette rédaction ne fut commencée que le 26 mars 1493 par les soins du duc Pierre II de Bourbon. Le duc organisa dans chacune des chastellenies de la province des réunions composées de seigneurs, d'ecclésiastiques, de jurisconsultes et de notables praticiens.

Tous étaient appelés à donner leur avis sur les usages et coutumes des chastellenies dont ils étaient les délégués (3). Leurs opinions étaient recueillies

(1) Voir la Thaumassière, *Commentaire sur la Coutume de Berry* (Avertissement).

(2) Berroyer et Eusèbe de Laurière, *Bibliothèque des coutumes*, page 96.

(3) Une étude très intéressante sur la rédaction des coutumes de Bourbonnais a été publiée par Monsieur J. B. Thonnie dans la *Revue de la Société d'émulation bourbonnaise*.

par des commissaires choisis par le Duc, et la rédaction des premiers cahiers de nos coutumes fut achevée en 1500. Elle fut publiée à la sénéchaussée de Moulins au mois de septembre de la même année. Le texte de ces Anciennes Coutumes nous montre combien cette rédaction était incomplète. Elle ne fut pas approuvée par le roi et ne fut pas enregistrée au greffe de la Cour. Par suite des lacunes importantes que présentait la rédaction de nos Anciennes Coutumes, de nombreuses et pressantes réclamations se produisirent. Elles attendirent satisfaction jusqu'au mois d'août de l'année 1520. A cette époque, François I^{er} accordait à Anne de France, duchesse de Bourbonnais et à Charles III, son gendre, connétable de France, de nouvelles lettres patentes les autorisant à provoquer l'assemblée des Trois-Etats et commettant Roger Barme, Président, et Nicolas Brachet, conseiller au Parlement de Paris pour présider à la Rédaction d'une Nouvelle Coutume.

Le 18 mars 1521, l'Assemblée se réunit au château de Moulins, et le 15 avril suivant le texte était rédigé et approuvé par les Commissaires Royaux. Cette nouvelle rédaction reçut l'approbation royale le 15 mars 1522 et fut enregistrée au Greffe de la Cour le 10 du même mois.

Le texte des Nouvelles Coutumes du Païs et Duché de Bourbonnais fut publié chez Galiot-Dupré en caractères gothiques. Plusieurs éditions de nos cou-

tumes parurent en quelques années, et, leurs textes reçurent ainsi une grande publicité, Dumoulin avait commencé d'écrire un commentaire de la Coutume de Bourbonnais (1). Le savant auteur nous dit que son voyage en Allemagne l'oblige à abandonner son projet. Mais les notes dont Dumoulin a pris soin d'accompagner plusieurs textes de notre Coutume, les observations qu'il avait publiées sur le Commentaire de Papon, nous prouvent combien le célèbre juriconsulte avait d'estime pour l'importance et la science de notre coutume.

Il nous suffira de rapporter à cet égard les propres paroles de Dumoulin : *Omnia studia et omnes animæ et corporis vires ad absolenda commentaria Burbonicorum et alearum provinciarum consuetudines coutulisse*. Ces termes nous disent assez haut quel était son désir de nous donner un commentaire des Coutumes de Bourbonnais.

Jean Papon est le premier en date des Commenteurs de notre Coutume. (2) L'ouvrage de Papon, qui est publié à Lyon en 1550, est une comparaison entre les règles de notre Coutume et les solutions du droit romain. Tous nos auteurs coutumiers nous

(1) Note de Dumoulin sur notre art. 302.

(2) Le titre de l'ouvrage de Papon est ainsi conçu : *Joannis Paponis crozetii, Forensis Provinciæ Judicis, in Burbonias consuetudines commentaria, in-fol. Lugduni apud Joannem Tornetum, 1550.*

disent que Papon qui était forezien n'avait aucune notion des usages de notre Province et des principes particuliers de notre Coutume. Berroyer nous rapporte qu'au ^{xvii}^e siècle, les praticiens avaient coutume « de faire relier un exemplaire de Papon avec du papier blanc sur lequel chacun écrivait ses réflexions sur les textes » (1).

Cet usage se perdit, et au ^{xvii}^e siècle, Potier d'Huriel nous dit que les exemplaires de Papon sont devenus rares dans notre Province (2).

En 1585, Duret, avocat en la Présidialité de Moulins, publia un Commentaire de nos Coutumes, des plus incomplets. Son ouvrage s'arrête au 13^e article de notre Coutume.

Un autre avocat « Potier d'Huriel fit paraître à Paris, en 1654, un nouveau commentaire des Coutumes du Païs et duché de Bourbonnois ».

L'ouvrage de Potier d'Huriel n'obtint pas un grand succès au moment de sa publication : il est cependant intéressant au point de vue des renseignements qu'il nous donne au sujet des Arrêts rendus dans notre Sénéchaussée. Potier d'Huriel avait été le Secrétaire de François Decullant, avocat célèbre de Moulins qui avait écrit sur son Papon un commentaire des textes de notre Coutume. Au ^{xvii}^e siècle le

(1) *Bibliothèque des Coutumes*, p. 97 et s.

(2) Préface de l'ouvrage de Potier.

manuscrit de François Decullant avait passé entre les mains de tous les célèbres praticiens de la Sénéchaussée de Moulins (1).

Si les commentaires imprimés qui, au xvii^e siècle, avaient paru sur notre Coutume, ne jouissaient pas d'une grande autorité auprès des jurisconsultes et des praticiens, il n'en était pas de même à cette époque des commentaires manuscrits.

Berroyer et Eusèbe de Laurière nous disent, en effet, en 1699 : « Il y a peu de Coutumes sur laquelle un plus grand nombre de scavants ayent laissé des Mémoires, et qui ayant moins de bon Commentaire imprimé (2). » Parmi ces manuscrits, le plus justement réputé était celui du Président Guillaume Duret qui était un des hommes les plus savants de son siècle (3). Dans son Commentaire, Auroux des Pommiers ne manque pas de relater les avis de Decullant et du Président Duret, sur chacun des articles de notre Coutume qui pouvait soulever une

(1) Parmi les manuscrits les plus réputés, nous citerons ceux de Louis Semin conseiller à la sénéchaussée de Moulins, Louis Vincent et François Mevudel avocat, François Decullant fils de Jean conseiller au Présidial de Moulins.

(2) *Bibliothèque des coutumes*, p. 96.

(3) Berroyer et Auroux des Pommiers nous rapportent qu'on venait consulter Guillaume Duret de toutes les provinces voisines de la nôtre. Dans tout le centre de la France, il était connu sous l'appellation familière de M. le Président.

question litigieuse. En 1629, Berroyer et Eusèbe de Laurière avaient publié un ouvrage intitulé : *Bibliothèque des Coutumes*.

Dans la première partie de leur ouvrage, ils nous donnent quelques indications sur les différentes Coutumes de France, dans la seconde, ils nous donnent les textes des Coutumes de Bourbonnais « avec les apostils de M. Charles du Molin et son commentaire posthume augmenté par lui-même de plus des trois quarts ».

Pendant la première partie du XVIII^e siècle, en 1730, parut sur nos Coutumes l'ouvrage le plus utile et le plus scientifique que nous possédions. Son auteur Auroux des Pommiers était un homme très instruit. Il était prêtre, docteur en théologie et en même temps, conseiller clerc en la sénéchaussée de Moulins. Lorsqu'il écrivit son commentaire, il était en relation avec tous les juges et praticiens du siège présidial de Moulins. Ainsi qu'il nous le déclare dans sa préface, « il avait consulté MM. de la Chambre et les plus habiles avocats du siège » pour mettre son ouvrage au courant de la jurisprudence ancienne et nouvelle de notre sénéchaussée de Moulins. De plus, il avait en mains les manuscrits les plus célèbres qui avaient été écrits sur notre Coutume. Son Commentaire présente donc le plus grand intérêt, tant au point de vue des discussions entre jurisconsultes qu'au point de vue des solutions de la jurisprudence de notre

Coutume. En 1779, Rouyer, avocat à la sénéchaussée de Moulins, publia un Commentaire qui présente surtout un intérêt doctrinal, Rouyer a toujours soin de nous donner son avis sur les questions qui soulevaient des divergences dans les arrêts ou dans la doctrine. Ses opinions sont dans beaucoup de cas contraires à celles d'Auroux des Pommiers : nous devons cependant reconnaître qu'elles sont toujours très motivées et souvent fort raisonnables. Ducher avocat au Parlement de Paris fit paraître, en 1781, un commentaire des Coutumes de Bourbonnais. Son ouvrage est pas trop restreint pour être intéressant. Il est surtout un manuel à l'usage des praticiens qui désireraient être instruits des règles de notre Coutume et des décisions de notre jurisprudence.

Notre Coutume de Bourbonnais avait force de loi dans les chastellenies de Montluçon, Hérisson, Auray, Murat, Verneuil, Chantelle, Gannat, Billy-Bourbon, La Bruyère, Germigny. La chastellenie de Vichy avait une Coutume spéciale se rapprochant de la Coutume d'Auvergne. Mais les usages locaux des autres chastellenies de Bourbonnais différaient peu de la Coutume rédigée en 1500.

A la seconde rédaction de 1520, les usages particuliers à chacune de ces chastellenies, même à celle de Vichy n'ont pas été reproduits. Et toute la région comprise actuellement dans la province de Bourbonnais était gouvernée par les règles de notre Coutume,

exception faite des prévôtés d'Ebreuil et d'Escurolles qui restèrent toujours sous la dépendance de la Coutume d'Auvergne.

Les différends jugés dans les chastellenies de la Province étaient portés en appel devant la sénéchaussée de Moulins qui était placée dans le ressort du Parlement de Paris.

Notre Coutume comprend 555 articles placés sous trente-six rubriques. Elle est une des plus vastes que nous possédions et l'étudier dans son ensemble serait une œuvre de longue haleine qu'il nous est impossible de mener à bien dans un ouvrage forcément restreint comme celui-ci. Pour avoir un aperçu suffisant de sa physionomie et de ses caractères, il nous a paru préférable de nous limiter à l'étude du droit matrimonial. Cette étude nous amènera, en effet, à envisager dans le cours de notre ouvrage, les règles de notre Coutume relatives au régime des personnes et des biens, des successions et des donations.

A ces divers sujets, il est de toute nécessité de fournir quelques explications dans une étude qui a pour but principal de montrer quelle organisation les règles de notre Coutume de Bourbonnais ont donné à ces deux institutions du droit coutumier : le douaire et la communauté.

PLAN DE L'OUVRAGE

Nous nous occuperons tout d'abord du caractère de la puissance maritale dans notre Coutume et des règles relatives à l'autorisation. Dans un second chapitre, nous étudierons la composition, le fonctionnement et la dissolution de la communauté, nous réservant d'analyser séparément les dispositions particulières de notre coutume relatives aux biens dotaux et aux récompenses entre époux. Nous ferons un court exposé des clauses les plus usuelles que nous avons rencontrées dans les contrats de mariage. Nous consacrerons enfin des chapitres spéciaux à l'étude du Douaire et des autres gains de survie ainsi qu'à l'exposé des règles de notre Coutume concernant les libéralités entre époux et principalement le don mutuel.

CHAPITRE PREMIER

LA PUISSANCE MARITALE

C'est l'autorité du mari sur la personne, les actes et les biens de la femme qu'une tradition constante dans notre droit désigne sous le nom de puissance maritale.

Dans ce premier chapitre, nous nous occuperons seulement de déterminer le caractère de cette puissance maritale s'appliquant à la personne et aux actes de la femme mariée. Nous nous réservons d'étudier les effets de l'autorité maritale sur les biens de l'épouse au moment où nous parlerons du fonctionnement de la communauté et du régime de la dot.

« Femme mariée est en la puissance de son mari ». Cette disposition qui fait l'objet de l'article 170 de notre Coutume est reproduite par l'article 232. Bien qu'elle soit d'ordre général dans les pays de droit coutumier, il ne faut pas nous étonner de l'insistance

apportée par notre coutume à son insertion dans les textes.

Dans les provinces voisines des pays de droit écrit, les coutumes prenaient soin d'insérer cette maxime d'une façon expresse, et certaines comme Nivernais étaient plus explicites et déclaraient : « *Femme mariée est et demeure du tout en la puissance de son mari et du tout hors celle de son père* ». Art. 1^{er} du Ch. XIII.

Bourbonnais, Nivernais, Auvergne également (titre XIV, a. 1) visaient par là à écarter une règle romaine toujours en vigueur dans les pays où le droit romain formait le droit commun. Dans ces régions, la *patria potestas* n'était pas éteinte par le mariage et la fille mariée demeurait sous l'autorité de son père. Il en était ainsi dans l'ancien droit de l'Auvergne où le mariage n'émancipait certainement pas le fils et Chabrol nous rapporte des exemples attestant qu'au xiv^e et même au xv^e siècle, les pères avaient soin d'émanciper expressément leurs filles au moment de leur mariage (1). En dehors de ces survenances des règles romaines, on tenait pour maxime générale dans notre ancien droit coutumier que le mariage émancipe de plein droit et tel est bien le sens de la disposition de notre article 232.

En réalité, au moment du mariage, la fille mineure

(1) Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, tome II, pages 441 et 447.

de vingt-cinq ans passe seulement de l'autorité paternelle sous l'autorité maritale, et, son émancipation définitive ne se produira qu'au moment de la dissolution du mariage.

En effet, dès l'instant de la célébration du mariage, le mari va détenir cette autorité sur la personne et les actes de celle qui est devenue son épouse. Il y a là une conséquence immédiate et nécessaire de la célébration du mariage, conséquence que les époux eux-mêmes ne pourraient empêcher. La décision de notre Coutume, qui donne naissance à l'autorité du mari à dater de la célébration, est aussi la décision reçue dans l'usage courant des pays Coutumiers. Dans ces régions, on ne peut guère citer que la Coutume d'Artois (art. 87) qui porte une disposition différente.

Plus près de nous, la Coutume d'Auvergne décidait comme celle d'Artois que la puissance maritale commencerait au jour des fiançailles. Nous savons que les fiançailles consistaient dans des promesses solennelles faites en face l'Eglise. Et comme conséquence de l'usage particulier de ces Coutumes, la fiancée ne retombait pas sous la puissance de son père lorsque le mariage ne venait pas couronner le projet d'union. En pareil cas, la fille qui avait été fiancée devenait maîtresse de ses droits : elle était véritablement « émancipée ». Notre Coutume s'en tenait au droit commun Coutumier et la fiancée retournait en la puissance paternelle au cas où les

fiançailles n'étaient pas suivies de mariage art. 232.

Pour préciser le caractère de l'émancipation que le mariage procure à la femme, il vous reste une autre observation à présenter. Par suite de son veuvage, la femme même mineure est devenue maîtresse absolue de ses droits. Cet affranchissement de toute puissance paternelle et maritale s'applique seulement à la liberté des actes civils (engagements, actes de disposition, etc...). Mais, la femme restait soumise au devoir de respect et d'obéissance envers son père, et comme conséquence de ce devoir, la veuve qui voulait se remarier était obligée d'obtenir le consentement de son père.

Cette obligation s'appliquait aux veuves majeures comme aux mineures, mais elle ne s'appliquait pas aux hommes veufs : nos commentateurs les engagent seulement à le faire par respect (1).

Ces décisions résultaient d'ordonnances rendues sous Louis XIII et Louis XIV et la Jurisprudence était unanime à en assurer la confirmation.

Au moment du mariage, la femme passe donc de l'autorité paternelle sous l'autorité maritale et le devoir d'obéissance qui incombait à la fille vis-à-vis de son père va changer de bénéficiaire.

C'est désormais le mari qui pourra exiger soumis-

(1) Voir A. des Pommiers, pages 227 et 228, art. 166 et 167.

sion de la femme à ses légitimes volontés. La femme est dans une étroite dépendance à l'égard de son mari, nos commentateurs insistent sur le caractère rigoureux du devoir de soumission de l'épouse envers son mari. Et Auroux des Pommiers nous détaille longuement les effets de ce devoir qui « assujettit la femme au mari » (1).

A tout devoir il faut une sanction, et la sanction du devoir d'obéissance qui incombe à la femme est le droit de correction qu'une longue tradition accordait au mari. Au temps de notre Coutume, comme aujourd'hui, cette sanction ne devait intervenir qu'avec la plus grande réserve et Rouyer prend soin de nous dire : « *Si l'Ecriture Sainte a ordonné à la femme d'obéir à son mari, elle ordonne aussi au mari d'aimer la femme et de l'honorer.* »

Et au cas où la femme aurait mérité l'intervention de la juste sévérité de l'époux « *la correction doit être modérée et fondée en raison* » (2).

Il ne vous semble pas utile d'insister plus sur le caractère de la puissance maritale s'appliquant à la personne de la femme. A cet égard notre Coutume suit les règles du droit commun coutumier et ce sont encore ces mêmes règles qui vont s'appliquer

(1) Voir A. des Pommiers, art. 170, p. 233 et Rouyer, art. 170, p. 151.

(2) Rouyer, note sous art. 170, p. 151.

dans le fonctionnement de l'autorisation maritale nécessaire à la validité des actes juridiques de l'épouse.

Nous avons remarqué, toutefois, que notre Coutume avait sans doute exagéré la conception de la dépendance de l'épouse à l'égard de son mari. Dans l'organisation de l'autorisation maritale, notre coutume va se signaler aussi par son formalisme particulièrement rigoureux.

Le soin apporté par notre Coutume à rendre plus étroite la subordination de l'épouse au mari ne doit pas nous surprendre.

Cette conception rigoriste nous est venue comme beaucoup d'autres des pays de droit écrit. Nous savons, en effet, que la puissance paternelle, d'après le droit venu de Rome, se traduisait par un véritable assujettissement des enfants à la *patria protestas*.

En passant du père au mari cette puissance perdait sans doute un peu de la rigueur, mais la fille mariée restait un être de condition inférieure à son nouveau chef son époux. En raison de cette infériorité, il fallait donner à la femme une protection contre ses propres agissements. En partant de cette idée, les actes juridiques de l'épouse seront donc subordonnés à l'assentiment du mari, comme la conduite de la femme, est, dans la vie privée, soumise au contrôle de son maître et Seigneur.

C'est bien là, la conception que la France coutumière avait reçue du droit romain en lui communi-

quant plus de modération, plus de douceur. Elle s'est implantée tout naturellement dans notre Coutume par suite du voisinage immédiat des pays de droit écrit. Et, de ce contact, cette conception a conservé dans notre province un caractère particulier de rigueur et de ténacité.

Ce caractère, les commentateurs de notre coutume ont pris soin de le mettre en relief. Ils nous montrent qu'on ne peut pas invoquer l'intérêt du mari comme fondement de l'autorisation maritale. Dans beaucoup de cas on ne retrouverait pas ce motif pour expliquer et justifier cette formalité (1).

Il nous faut maintenant pénétrer dans l'examen de quelques actes de la vie juridique pour nous montrer les particularités relatives à l'autorisation maritale, que pouvaient présenter nos usages coutumiers. Ces particularités découlent d'ailleurs de la conception que nous venons de signaler. Le mariage accompli, le mari est devenu le maître des actions civiles que la femme aurait à exercer. L'épouse ne peut, en effet, *ester en justice*, sans l'autorisation de son mari. Et à ce sujet, il nous paraît bien que notre Coutume s'est montrée d'un formalisme quelque peu rigoureux. Le droit commun coutumier suivait en cette matière la disposition de l'art. 224 de la Coutume de Paris.

(1) Voir Potier d'Huriel, note sous l'art. 232 et A. des Pommiers, note sous les art. 170 et 232.

Le consentement exprès du mari n'était pas exigé et l'autorisation requise résultait du concours que le mari prêtait à sa femme ou plus simplement du fait qu'il avait eu connaissance de l'exercice de l'action et qu'il y donnait un tacite assentiment.

Dans l'usage de notre Province le consentement exprès du mari était toujours requis. Et si l'action était dirigée contre la femme, l'assignation devait mentionner qu'elle était lancée contre le mari également à fin d'autorisation. Si le mari n'avait pas donné son consentement au début du procès, au moment de la comparution, il intervenait un jugement prenant acte du consentement du mari et ordonnant que la femme est et demeurera autorisée de sa personne. Auroux des Pommiers, qui nous parle longuement de cette pratique judiciaire, ajoute comme s'il voulait en confirmer l'exactitude. « *J'ai toujours vu juger et pratiquer de la sorte* (1). »

Le droit commun coutumier se montrait donc moins formaliste que la pratique de notre province pour autoriser l'exercice des actions en justice de la femme mariée.

Au cas où l'autorisation maritale devait intervenir pour valider un engagement de la femme ou une convention passée par elle, le droit commun coutumier se montrait plus exigeant. Il suivait la disposition de

(1) A. des Pommiers, p. 232, art. 169.

l'art. 223 de la Coutume de Paris qui déclarait nuls tous engagements et tous contrats consentis « *sans l'autorité et consentement exprès de son mari* ».

Malgré une différence de rédaction de texte (1), cette décision est également adoptée par notre Coutume. En bourbonnais comme dans les autres pays coutumiers, un usage constant veut que les actes juridiques conclus par une femme mariée portent une mention expresse et spéciale de l'autorisation donnée par le mari. Cette mention est exigée à peine de nullité et la signature du mari au bas de l'acte ne serait point suffisante à lui conférer la validité. Si cette formalité n'était point remplie, la nullité qui en résultait opérait de plein droit. Il y avait comme nous le dit, Lebrun (2), nullité de droit et de Coutume qui pouvait être invoquée en tout état de cause.

L'article 171 de notre Coutume ajoute relativement aux actes accomplis par la femme à défaut d'autorisation maritale : « Et ne sont tels contrats confirmez et validez par la dissolution du mariage ». Donc même après la mort du mari, les créanciers de la femme ou ses cocontractants n'ont pas d'action pour les engagements ou les conventions qu'elle avait souscrits sans le consentement de son époux. Pour qu'il

(1) Voir *Coutume de Bourbonnais*, p. 171.

(2) *Traité de la Communauté*, liv. II, chapitre 1, section V.

en soit autrement, il faudrait que créanciers ou co-contractants soient en mesure de prouver que les obligations ou les contrats ont tourné à l'avantage de la femme. Et, à ce propos, nous devons signaler une discussion intéressante qui s'était élevée entre nos jurisconsultes. La question, qui a divisé auteurs et praticiens, était celle de savoir si les personnes qui avaient contracté avec la femme étaient admises à se prévaloir de la nullité résultant du défaut d'autorisation même au cas où la femme en avait retiré un avantage. Lebrun dans son traité de la communauté soutenait que la femme pouvait repousser la demande en nullité des cocontractants. Dans notre Province, le Président Duret, et plus tard, Auroux des Pommiers avaient défendu la même opinion et la jurisprudence du Siège de Moulins avait adopté la solution proposée par ces jurisconsultes. Auroux des Pommiers nous rapporte des espèces qui ne laissent aucun doute en la matière (1).

Contrairement à l'avis de ces auteurs et aux décisions de la pratique, l'éminent jurisconsulte Potier (2) avait soutenu la nullité absolue des actes de la femme conclus sans autorisation. Cette nullité intervenait sans qu'il y ait lieu de rechercher si ces

(1) Voir Auroux des Pommiers, note sous l'art. 171 et Rouyer même article.

(2) *Introduction à la Coutume d'Orléans*, chapitre XVIII, art. 1^{er}.

contrats avaient apporté à la femme un profit ou un désavantage. Nos commentateurs Rouyer et Ducher avaient défendu énergiquement l'opinion de Potier (1). Il serait superflu de rapporter ici les arguments sur lesquels les partisans de ces solutions opposées avaient basé leurs décisions. Nous remarquerons seulement que l'opinion de Potier suivi par Ducher et Rouyer nous semble sinon plus satisfaisante au moins plus logique. Nous savons que notre Coutume se montre formaliste au plus haut degré lorsqu'il s'agit d'actes nécessitant l'autorisation maritale. Il semble donc étrange qu'une femme mariée puisse communiquer après coup validité à des actes entachés à leur naissance d'une nullité radicale. Sans doute la jurisprudence apporta des correctifs à cette rigueur (2) et ses arrêts avaient décidé que la ratification postérieure du mari communiquerait validité à l'acte passé sans autorisation. Mais cette jurisprudence s'explique parfaitement : en effet, l'élément essentiel qui manquait ; l'autorisation maritale, venait alors s'y ajouter et consacrer ainsi sa formation. Mais après la dissolution du mariage une semblable ratification n'est plus possible. Et, il nous paraît peu logique, que la femme puisse, de sa seule autorité, couvrir la nullité de l'acte sous la seule allégation

(1) Rouyer et Ducher, art. 171.

(2) Voir Rouyer et A. des Pommiers sous l'article 171.

que le contrat lui a procuré un avantage dont elle ne veut pas se départir.

Nous parlerons très brièvement des cas peu nombreux d'ailleurs où la femme mariée pouvait agir sans justifier du consentement de son époux. Notre Coutume ne présente pas à ce sujet des spécialités intéressantes, elle est conforme aux décisions reçues dans les Coutumes de Paris et d'Orléans.

La femme mariée, qui exerce un commerce séparé, peut s'obliger et contracter pour les besoins de son négoce sans autorisation particulière du mari. Elle est considérée comme ayant reçu de son époux une procuration générale qui lui permet de traiter elle-même les affaires qui se rapportent à l'exercice de son commerce. Une semblable procuration générale était reconnue à toutes les femmes mariées pour la subsistance, l'entretien et les fournitures du ménage.

Au cas d'absence du mari la femme pouvait également constituer une dot à la fille qui contractait mariage. Nous signalerons un dernier cas où l'épouse s'obligeait sans l'assentiment de son mari. C'est celui où la femme contractait un engagement qui allait lui permettre de tirer son mari de prison. Dans notre ancien droit où les débiteurs étaient fréquemment emprisonnés pour dettes, cette exception au principe était de toute nécessité. Les actes que nous venons de passer en revue doivent produire leurs effets pendant la durée du mariage.

Les dispositions testamentaires, au contraire, ne sont destinées à recevoir exécution qu'après la dissolution de l'union conjugale aussi permettait-on à la femme mariée de faire son testament sans l'autorisation de son mari. Notre Coutume comme celle de Paris et comme le droit commun coutumier n'exigeait pas cette formalité pour la validité du testament. Elle se montrait en cela plus sage que sa voisine la Coutume de Nivernais qui défendait à la femme mariée de tester sans apporter la justification du consentement de son époux (1). Il y avait certes dans cette exigence, un excès de formalisme et, à notre avis, il y avait également une exagération de l'incapacité de la femme, Guy Coquille déclarait très justement qu'on ne pouvait pas approuver la décision de sa Coutume (2).

Peu nombreux étaient donc les actes que la femme pouvait consentir de sa seule autorité. La capacité juridique de la femme mariée était donc restreinte à d'étroites limites lorsque l'autorisation de l'époux ne venait pas la compléter et l'étendre. A ce propos, une importante question s'était présentée de bonne heure dans la pratique judiciaire et avait donné lieu à de célèbres controverses.

(1) Voir Guy Coquille, *Institution au droit des Français*, titre des « Droits des mariés ».

(2) Voir, *Coutume du Nivernais*, thèse, 1887, Caillot.

Un mari mineur pouvait-il valablement autoriser la femme majeure. Des auteurs illustres, parmi lesquels Du Moulin et Chopin avaient soutenu que le mari mineur ne pouvait pas habiliter sa femme à contracter. Leur opinion fut rejetée par la jurisprudence et à partir du ^{xvii}^e siècle, les arrêts et la doctrine sont pleinement d'accord pour reconnaître au mari mineur le pouvoir d'autoriser son épouse majeure (1). Des questions analogues s'étaient élevées au cas de minorité des deux époux et au cas de minorité de la femme seulement. Ces discussions qui n'ont rien de spécial à notre Coutume sont longuement rapportées par nos commentateurs, nous nous contenterons de les signaler (2). Dans un but de protection pour l'épouse le Code civil a mis fin aux distinctions qu'entraînaient ces différentes espèces en déclarant dans son article 224. « Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme soit pour ester en jugement, soit pour contracter (3).

A cette autorisation de justice la femme mariée devait avoir recours dans plusieurs hypothèses. Le mari pouvait être absent, il pouvait avoir été condamné à un bannissement temporaire ou perpétuel : une sen-

(1) Voir Ducher et Auroux des Pommiers, notes sous l'article 232.

(2) Voir Potier d'Huriel. Rouyer, notes sous même article.

(3) Voir Planiol, tome I, *Droit civil*, p. 325.

tence judiciaire pouvait l'avoir frappé de la mort civile. Dans tous ces cas, il y avait impossibilité de fait ou de droit à ce que le mari puisse continuer l'exercice de son autorité maritale. Beaucoup plus fréquent encore était le cas où le mari sans justes motifs, se refusait à donner le consentement requis. Dans toutes ces situations, la femme mariée devait s'adresser au juge pour obtenir l'autorisation qu'elle ne pouvait se procurer par suite du jeu des circonstances, ou par suite du mauvais vouloir de l'époux (1).

C'est par suite de sa qualité d'épouse enchaînée dans les liens du mariage que la femme voit son activité juridique soumise à l'autorité supérieure du mari ou de la justice. En un mot, son incapacité tient à sa qualité de femme mariée. Notre article 232 dispose en effet : « Femme mariée est en la puissance de mari tant que mariage dure ». C'est donc seulement la dissolution du mariage qui va procurer ou rendre à l'épouse sa pleine capacité juridique ; une séparation de biens même prononcée judiciairement ne lui en donnerait pas le libre exercice. Qu'elle soit contractuelle, ou ordonnée par le juge, la séparation de biens est inhabile à soustraire la femme à la puissance maritale. Sans doute la femme va recouvrer le pouvoir de libre administration sur ses propres ; mais elle restera soumise à l'autorité de son époux pour

(1) *Coutume de Bourbonnais*, art. 297.

tout acte de disposition concernant ses biens immobiliers.

Les séparations contractuelles ne semblent pas très fréquentes dans la pratique de nos conventions matrimoniales. D'après les contrats de mariage que nous avons consultés, nous pouvons dire que les époux usaient très rarement de pareilles clauses. Dans les contrats de mariage de la maison de Bourbon qui sont aux archives de Moulins, nous avons cependant observé quelques clauses tendant à réserver à l'épouse l'administration des biens qui lui sont constitués en dot. Plus souvent, les époux conviennent de laisser à la future épouse l'administration et la jouissance d'un bien déterminé.

Au cours du mariage, la mauvaise gestion des affaires communes par le mari oblige souvent l'épouse à demander à la justice de prononcer entre eux une séparation de biens qui enlèvera à l'époux la jouissance et l'administration des biens de sa femme. Auroux des Pommiers nous signale, à cet égard, des arrêts ayant admis le mari à demander lui-même la séparation de biens (1). Ces arrêts qui datent du xvi^e et xvii^e siècle reposent sur des cas vraiment extraordinaires et l'usage constant de notre Province voulait que la femme seule put demander au Juge de pro-

(1) A. des Pommiers, p. 114.

noncer la séparation de biens d'avec son époux (1). Notre commentateur nous rapporte de curieuses espèces où une séparation de biens convenue et pratiquée en fait par les époux pouvait produire les effets d'une séparation légalement prononcée. Et comme conséquence de ce pur état de fait qui devait avoir subsisté longtemps, les époux ou leurs héritiers n'avaient pas à opérer de partage de communauté. C'étaient là de graves dérogations au droit commun, elles avaient cependant été ratifiées de bonne heure par la Jurisprudence et par nos plus célèbres jurisconsultes.

Pour en terminer avec l'étude de la Puissance maritale, il nous resterait à parler du pouvoir du mari sur les biens de la femme et sur les biens communs. Il nous a semblé préférable d'étudier cette manifestation de l'autorité maritale au moment où nous traiterons du fonctionnement de la communauté et du régime des biens dotaux. Auparavant, il nous faut envisager la formation et la composition de la communauté conjugale d'après les règles de notre coutume et la pratique de nos conventions matrimoniales.

(1) Notes de François Decullant rapportées dans Auroux des Pommiers sous l'article 73.

CHAPITRE II

COMMUNAUTÉ CONJUGALE

Au ^{xiii}^e siècle, la France s'était divisée, au point de vue du droit, en pays de coutume et en pays de droit écrit. A cette délimitation, correspondait au point de vue du droit matrimonial la division entre pays de communauté et pays de dotalité. A l'exemple des provinces situées au Nord de la nôtre, Berry, Nivernais, le Bourbonnais était un pays de communauté. Au midi, au contraire, le Forez et l'Auvergne étaient pays de droit écrit et notre province formait, pour ainsi dire, une vaste ligne de démarcation entre deux législations différentes.

Nos populations bourbonnaises pratiquaient de longue date le régime de communauté tel que le droit coutumier l'avait organisé. Avant la rédaction de nos coutumes, les anciens usages et coutumes de Berry faisaient loi dans notre province. Nous avons à

ce sujet le formel témoignage de nos anciens auteurs coutumiers.

Plus que tout autre, en raison de sa situation, notre pays a de bonne heure subi l'influence du droit romain.

Cette influence est tellement immédiate que la législation coutumière et le droit venu de Rome se pénétraient l'un et l'autre ; notre Coutume locale de Vichy en est un remarquable exemple.

En revanche, nos usages coutumiers s'étaient immiscés très vite dans la province d'Auvergne. Nous savons par Masuer que dans plusieurs chastellenies d'Auvergne, l'usage local admettait la communauté entre mari et femme ; quelques coutumes locales. Ebreuil et Eseurolles conservèrent d'ailleurs cet usage (1). De même dans la région comprise entre Thiers et Vichy, les habitants avaient contracté l'usage de se marier sous le régime de la communauté (2). Les communautés taisibles fréquentes dans la partie élevée de cette région ont contribué beau-

(1) *Coutumes d'Ebreuil et d'Eseurolles*, art. 1 et 2, voir aussi Chabrol, tome IV, pages 239 et 241. Ebreuil et Escurolles forment aujourd'hui deux cantons importants de notre département de l'Allier.

(2) Les Archives des notaires témoignent que Cusset, Saint-Yoire, Busset, Molles, La Prague, Ris, faisaient un usage régulier du régime de communauté en adoptant les règles de la coutume de Bourbonnais.

coup au maintien et au développement de cet usage. La pratique juridique de cette importante contrée (1) s'est formée à l'exemple et à l'usage de nos usages coutumiers. En s'implantant avec persistance, dans les régions que nous venons d'indiquer, nos usages et nos règles coutumières ont pour une large part contribué à arrêter l'envahissement de nos pays coutumiers par la législation écrite. De ce contact et de cette lutte, notre coutume a conservé des empreintes qui ont inspiré quelques-unes de ses dispositions et qui ont toujours subsisté dans la pratique.

Nous l'avons observé dans l'excès de formalisme qui a été déployé par notre pratique coutumière dans l'organisation de la puissance maritale. Nous le constaterons de nouveau en exposant les déformations qui ont été apportées à notre franche donnée de communauté. Et dans le zèle peut être excessif qu'ont mis nos dispositions coutumières et certaines clauses de style dans les contrats de mariage, à assurer d'une façon intégrale la reprise des biens de la femme, nous reconnâtrons les traces d'une législation qui avait réussi à organiser en Auvergne l'inaliénabilité de la dot.

(1) Elle s'étend entre les rivières de Dore et d'Allier et les premiers contreforts du Forez. Elle appartenait autrefois à la Province d'Auvergne. Elle a été divisée au moment de la Révolution entre le département de l'Allier et celui du Puy-de-Dôme.

TITRE PREMIER

Communauté légale.

Le début de l'art. 233 de notre Coutume s'exprime ainsi. « Le mari et femme le mariage fait par paroles de présent, sont communs en tous biens meubles... »

Il reproduit avec une légère différence la rédaction de l'article correspondant de l'ancienne Coutume : « Mari et femme le mariage fait et accompli sont communs en tous biens meubles (1). » Pour donner naissance à la communauté conjugale il faut d'après ce dernier article que le mariage soit « faict et accompli ». Il y a dans le sens de la rédaction de l'article de l'ancienne coutume une idée d'accomplissement du mariage qui paraît viser autre chose que la simple célébration requise par l'article 233 de notre seconde rédaction. La formule « mariage faict et accompli » semble se référer à la disposition de la Coutume de Berry : « Les conjoints par mariages, de l'instant de la solennisation ou consommation d'iceluy mariage, sont communs... (2) »

(1) Titre *Des mariages et Douaire*, art. 1^{er}.

(2) *Coutume de Berry*, art. 7 du titre VIII.

Nous ne croyons cependant pas que la disposition de votre ancienne Coutume vise à reproduire la règle des anciennes Coutumes de Bourges qui fixaient à la « solennisation et consommation du mariage » (1) le commencement de la communauté entre époux. Nous ne le croyons pas parce que, dans les contrats de mariage la formule d'usage « le fait et accompli » se réfère simplement aux cérémonies qui constituent la célébration du mariage en face l'Eglise. Le terme « accompli » est un pléonasme employé comme beaucoup d'autres dans le langage des tabellions. Cela est si vrai que notre seconde rédaction, désirant sans doute s'expliquer clairement sur ce point, donnera naissance à la communauté conjugale à dater de la simple célébration du mariage. « Mariage fait par paroles de présent » était l'expression usitée lorsqu'on visait la bénédiction nuptiale donnée par le prêtre. C'est celle qu'a employée la Coutume de Paris dans son article 220, et, en pays coutumier on l'opposait à la « solennisation en face l'Eglise » requise par la Coutume de Nivernais (2).

Dans son « Institution au droit des Français », Guy Coquille nous expose les différences existant entre la simple bénédiction nuptiale visée par l'expres-

(1) La Thaumassière, *Coutumes de la ville et septaine de Bourges*, p. 326.

(2) *Coutume de Nivernais, Droit des gens mariés*, art. 2.

sion « par paroles de présent » et la solennisation en face l'Eglise qui était demandée par la Coutume de Nivernais. Quant à la Coutume de Bourges qui se montrait très exigeante pour déclarer ouverte la communauté entre époux, la disposition fût reproduite dans la Coutume de Berry rédigée en 1539 (2). Dans notre Coutume, après la rédaction de 1520 comme auparavant la formule « le mariage fait par paroles de présent » fut employée avec l'ancienne qui ne disparut pas (3). Nous n'avons pas rencontré dans les contrats de mariage des clauses ayant pour but de retarder le commencement de cette société conjugale. Toutefois, aucune disposition de notre Coutume ne paraît s'opposer à une semblable stipulation.

D'après la première partie de notre article 233, les conjoints qui se sont mariés sans contrat ont accepté tacitement le régime de communauté organisée par notre Coutume. Tel est bien le sens de sa rédaction et pareille décision se retrouve dans l'article 220 de la Coutume de Paris, dans Nivernais, Berry et beaucoup d'autres Coutumes.

Plusieurs arrêts célèbres dans la Jurisprudence de Bourbonnais ont fait accepter par tous cette interpré-

(1) Voir *Institutions au droit des Français*.

(2) *La Coutume de Berry*, art. 7 du titre VIII requiert en effet : la solennisation ou consommation diceluy mariage ».

(3) Les contrats de mariage rédigés après cette date emploient indifféremment les deux formules.

tation. Disons tout de suite que notre Coutume laissait toute liberté aux époux d'écarter cette communauté par une clause du contrat de mariage. Cette faculté est reconnue expressément aux époux dans la disposition finale de notre article 239 : « *Mari et femme, le mariage fait par paroles de présent, sont communs en tous biens meubles, dettes personnelles... s'il n'est autrement convenu en contrat de mariage* ». Notre Coutume locale de Vichy n'admettait pas la communauté légale des époux mariés sans contrat. En cela, elle suivait les règles de la Coutume d'Auvergne ; mais pas plus que cette Coutume elle défendait aux époux de stipuler la communauté par contrat de mariage.

Dans le ressort de la chastellenie de Vichy et dans la région limitrophe faisant, avant 1789, partie de la Province d'Auvergne, les stipulations de communauté dans les contrats de mariage étaient des plus fréquentes.

La coutume d'Auvergne semble d'ailleurs encourager les conjoints à l'organisation de la communauté conjugale. Elle prévoit en effet une société contractée entre les époux qui ont convenu que le bénéfice de leur association adviendrait au survivant d'entre eux. La coutume d'Auvergne n'a fait qu'enregistrer un usage des époux qui consistait à organiser dans leur contrat une société d'acquêts dont le survivant avait soit la jouissance soit même la propriété.

Après nous avoir indiqué que la communauté des époux est le régime coutumier de notre Province, l'article 233 prend soin de déterminer la composition de la société conjugale : *Mari et femme sont communs en tous biens meubles, dettes personnelles, Ja faites et à faire conquêts immeuble qui se feront constant leur mariage en telle manière qu'après leur décès de l'un desdits mariez, le survivant doit avoir la moitié des choses dessusdites, et les héritiers l'autre.*

Au moment du mariage, les meubles et les effets mobiliers appartenant aux époux peuvent donc tomber en communauté. Les meubles appartenant au mari tombent toujours en communauté, quant aux meubles de la femme, il nous faut analyser ici la curieuse distinction qui a été faite par notre coutume. Si l'apport de la femme en communauté est un apport uniquement mobilier, l'article 221 de notre coutume organise une réalisation tacite d'une partie de la dot de la femme : « *Quand par contrat de mariage, n'est convenu quelle partie de la somme accordée pour la dot de la femme, doit sortir nature d'héritage au profit de la dite femme ; audit cas entre les nobles les deux tiers et entre les non nobles la moitié de la somme sortissent nature d'héritage au profit de la femme ; et le surplus nature de meubles au profit des mariez* ».

Mais au cas où la dot de la femme comprenait des biens immobiliers en même temps que des biens considérés comme meubles, cette réalisation tacite n'avait

point lieu. Telle est la disposition précise de la seconde partie de l'article 221 :

Mais quand il y a héritage et Argent ou autre meuble ensemble, l'héritage est propre à la femme, et le meuble est censé meuble au proufit desdits mariez et de leur dite communauté, si autrement est accordé. »

Notre Coutume établit une différence entre les personnes nobles et les non nobles au point de vue de la quotité de la réalisation. Cette distinction n'existait pas dans l'Ancienne Coutume. Elle a été ajoutée lors de la seconde rédaction, et, auparavant, la réalisation portait sur les deux tiers de la dot aussi bien pour les roturiers que pour les nobles (1). Nous pourrions peut être penser qu'à cette époque, les nobles dilapidaient plus facilement les sommes d'argent apportées par leurs futures épouses. Les gens du troisième état se montraient sans doute plus économes et on résolut d'établir une distinction d'après l'état social des époux.

Nos commentateurs ne se sont pas préoccupés de nous renseigner sur cette différence (2).

(1) Voir procès-verbal de la coutume. Publications sur le 221^e article.

(2) Rouyer déclare que la Jurisprudence des arrêts a étendu aux maris mineurs la réalisation tacite qui, suivant notre coutume, n'a lieu qu'en faveur de la femme. Cette réalisation avait seulement lieu au cas où le mineur se mariait en ses droits « de suo ».

Nous avons vu que la disposition de notre article 221 ne s'applique pas au cas où la dot de la femme comprenait un apport en héritages et un apport mobilier. Ce dernier entrait, en pareil cas, dans la communauté des époux. Mais il fallait que l'apport immobilier ne soit pas trop inférieur aux effets mobiliers ; autrement, la règle de notre article eut été trop facile à éluder (1). La disposition de l'article 221 ne s'appliquait d'ailleurs qu'à défaut de réalisation expresse dans le contrat de mariage : nous verrons que les époux prenaient presque toujours soin de régler eux-même la part qui devait tomber en communauté.

Sauf les réserves que nous venons d'examiner, l'actif mobilier des époux va se confondre dans la société conjugale. A cet élément actif correspond le passif mobilier de chacun des conjoints, il était juste de le mettre à la charge de la communauté qui comprendra ainsi que l'article 233 le mentionne « *les dettes personnelles je faites et à faire.* » Les dettes immobilières au contraire, n'entrent point en communauté lorsqu'elles ont été contractées avant le mariage. Cette règle est fondée sur le même principe de réciprocité que la précédente.

Comme les héritages restent propres à chacun des conjoints, chacun doit acquitter séparément sur son

(1) Président Duret, notes rapportées dans A. des Pommiers sous art. 221.

bien les dettes qui y correspondent. Mais le mariage fait, il n'y a plus lieu de faire cette distinction et dettes mobilières ou immobilières contractées après l'union tomberont également dans l'association conjugale (1).

Les « conquêts » constituent le troisième élément de cette société. Sous la dénomination de « conquêts » on comprend tous les meubles et droits mobiliers acquis durant la communauté à quelque titre que ce soit, acquisition, libéralité ou succession. Notre article 233 parle en termes généraux, lorsqu'il organise la composition de la communauté : « en tous biens meubles » ces mots n'excluent aucune catégorie des éléments de fortune mobilière qui adviennent aux époux durant le mariage. Il nous faut examiner maintenant quels sont les biens rangés par notre Coutume sous l'appellation de « conquêts immeubles qui se feront constant leur mariage ». Ce sont les termes de l'article 233. Ce ne sont pas les héritages transmis aux époux par succession. De tels biens appartiennent en propre à celui des époux qui les recueille (2) :

Un « conquêt immeuble » ce peut être un héritage acquis avec des deniers provenant de l'économie du ménage. Ce peut être aussi une libéralité faite aux époux purement et simplement, sans que la donation

(1) Art. 246.

(2) Art. 275 et 276.

s'adresse spécialement à un des conjoints de préférence à l'autre. De pareilles libéralités, faites sans clause spéciale et même en récompense de services rendus, étaient considérées comme des conquêts par l'ensemble des pays coutumiers (1). Notre coutume se montrait plus préoccupée de conserver la propriété de l'immeuble donné à celui des conjoints qui pouvait être présumé le bénéficiaire de la libéralité. Notre Coutume avait à cet égard édicté la règle suivante : « *En la propriété de chose immeuble donnée ou léguée à l'un des personniers par contemplation de lui le personnier n'y a aucune chose* (2). » Cette décision a été reproduite dans la Coutume du Nivernais (3). Si la donation ou le legs a été fait « en contemplation du donataire » selon l'expression de nos anciens auteurs, à raison de l'amitié que le disposant porte à l'un des conjoints, il doit rester comme propre dans le patrimoine de ce conjoint.

Comme Guy Coquille l'a judicieusement observé (4), on ne pouvait pas dire que les donations faites aux conjoints étaient des conquêts à l'exception de celles consenties par les ascendants que l'on présumait faites en avancement d'hoirie. On

(1) Paris, art. 246. Orléans, art. 211. Poitou, art. 233.

(2) Bourbonnais, art. 283.

(3) Titre des meubles, art. 9.

(4) Guy Coquille, *Institutions au droit des Français*.

avait d'abord assimilé à ces donations toutes celles dont le bénéficiaire était un parent habile à succéder au moment où la libéralité était consentie. De plus, dans notre Coutume comme en Nivernais, il fallait juger suivant les circonstances pour attribuer au don la qualité de propre ou de conquêt. Et Guy Coquille, dont le sentiment a été suivi par nos commentateurs, nous déclare : « *On doit penser que ce qui est donné par un parent est par contemplation du parentage* (1), » et en conséquence doit former un propre pour le conjoint parent du donateur. Sans aller aussi loin, Dumoulin avait signalé longuement les difficultés qu'il pouvait y avoir à discerner les divers cas où on devait considérer la libéralité comme propre à l'un des conjoints, où il y avait selon l'expression du moment « contemplation tacite ». Nous nous bornerons à renvoyer aux observations que le savant auteur a présentées sur notre article 283 (2).

Sur ce point particulier la conception que les Coutumes de Bourbonnais et de Nivernais se faisaient des « conquêts immeubles » était donc différente de celle du droit commun coutumier. La décision de ces coutumes s'explique par leur désir d'assurer la conservation dans la famille d'un bien qui le plus souvent sera donné par le parent de l'un des con-

(1) Guy Coquille, *Institutions au droit des Français*.

(2) A. des Pommiers, p. 463. Berroyer, p. 165.

joint. En vertu de ces mêmes principes, les charges et offices donnés par le Prince au conjoint commun ne devenaient pas un conquêt de communauté mais demeuraient comme propres au donataire.

Le patrimoine commun des époux recueillait, durant le mariage, les revenus et les fruits des héritages appartenant en propre à chacun des conjoints. Il pouvait s'augmenter des économies réalisées grâce à la bonne harmonie et à la prospérité du ménage. Nous avons vu que la communauté des époux pouvait également recevoir des capitaux provenant de libéralités ou de successions. Avec l'argent commun dont les époux pourront ainsi disposer, ils vont acquérir une maison, une propriété, ils vont prendre à rente perpétuelle ou rachetable un héritage qui augmentera leurs revenus. Tous les biens acquis de cette façon avec les deniers communs vont constituer des conquêts de communauté.

Cependant au cas d'acquisition d'un héritage au moyen d'une rente, notre Coutume présente une disposition particulière que nous retrouvons dans la Coutume de Nivernais : « *L'Héritage pris à rente perpétuelle ou rachetable par l'un des mariez ou communs, d'autres que de l'estoc réputé conquêt ausdits mariés ou communs* ». Article 277. Pour considérer comme acquît de communauté une pareille acqui-

(1) Chapitre xxii, art. 10.

sition, notre Coutume exige donc que le vendeur n'ait aucun lien de parenté avec l'un des conjoints. Pour que l'un des conjoints ait le droit de conserver l'héritage comme propre, il n'est pas nécessaire qu'il soit l'héritier présomptif du vendeur, il suffit qu'il existe entre eux un lien de parenté à quelque degré que ce soit (1). Et le motif d'une semblable décision, nous le retrouvons toujours dans le souci qu'avait notre Coutume d'empêcher à tout prix, que les héritages puissent « sortir de la famille ». C'était cette préoccupation qui, dans le droit commun coutumier, avaient fait organiser le retrait lignager (2) et entre conjoints le retrait de mi-denier (3).

Conserver les biens dans les souches familiales, ne pas les livrer au hasard des partages de communauté : voilà le souci dominant que notre Coutume a apporté dans l'organisation de la société conjugale. Et dans cette voie, elle a poussé plus loin que le droit commun coutumier, elle s'est attachée avec insistance, à favoriser le patrimoine propre de chacun des époux au détriment de leur communauté. Et en cela, elle ne faisait que répondre au désir le plus cher de nos populations bourbonnaises. Dans notre

(1) Voir Rouyer et A. des Pommiers, art. 277.

(2) Bourbonnais, art. 423.

(3) Bourbonnais, art. 273 et 464.

province on était et on est encore de nos jours très profondément attaché à ce que nos anciens appelaient la *terra aviatica* et à ce que nous nommons aujourd'hui le bien de famille. Nous devons aux habitants de notre Province, cette constatation : la grande masse de nos compatriotes se compose d'agriculteurs honnêtes et laborieux. Toujours, ils se sont montrés jaloux de conserver à leur descendance les propriétés qui leur ont été transmises par leurs pères ou qu'ils ont acquis eux-mêmes par leur économie et leur travail. Les stipulations insérées par les futurs époux dans leurs contrats de mariage sont la reproduction fidèle de ces sentiments et de ces préoccupations. Et nous verrons que les clauses de ces contrats interviennent le plus souvent pour limiter davantage le patrimoine commun et pour mieux garantir le retour aux héritiers des biens de chacun des époux.

I. — Fonctionnement de la Communauté.

Nous avons vu toutes les réserves que notre Coutume a apportées dans l'organisation de la Communauté, réserves que nous pouvons considérer comme des dérogations aux règles générales du droit commun coutumier. Ce sont, au contraire, les principes traditionnels de ce droit coutumier qui ont inspiré à

notre Coutume ses dispositions relatives au fonctionnement de la Communauté. Le mariage a conféré à l'époux la puissance maritale. En vertu de cette autorité, un pouvoir immense va lui être reconnu sur les biens communs. Sur ces mêmes biens, la femme ne pourra prétendre aucun droit à exercer pendant le mariage. Le mari sera également investi de l'administration et de la jouissance des biens de sa compagne : celle-ci conservera sur ses propres le droit de disposition dont elle pourra user avec l'autorité de son époux ou de la Justice.

Pouvoirs du mari. — Le mari, seigneur et maître de la communauté telle était la notion qui nous venait du droit coutumier et que notre Coutume a recueillie à l'exemple de la grande majorité des Coutumes (1). A la seule lecture des textes (2), nous apercevons que c'est bien l'idée directrice qui a inspiré à nos rédacteurs la décision si précise de notre article 236 : « *Le mari peut donner, vendre et aliéner à sa volonté les meubles et les acquêts faits par lesdits mariez, ou l'un d'iceux durant et constant le mariage, par contrats faits entre vifs ; mais non pas par contrats ayant trait à mort.* »

Il n'y a pas à douter : le mari peut, pendant le ma-

(1) Paris, art. 225. Orléans, 193. Berry, t. I. art. 18. Nivernais, ch. xxiii, art. 3.

(2) *Ancienne Coutume de Bourbonnais*, titre V, art. 5.

riage, disposer à son gré de toute la communauté aussi bien de la part de son épouse que de la sienne, et, pour agir de la sorte, il n'est pas tenu d'obtenir l'assentiment de sa femme. A la dissolution de la communauté, il n'a pas à rendre compte de sa gestion à son épouse ou à ses héritiers.

A ce pouvoir qui menacerait d'être absolu, notre article vient cependant apporter une restriction. Le mari peut, sans limitation, disposer des biens communs « par contrats entre vifs, mais non par contrats ayant trait à mort ». De telles dispositions sont destinées à produire leur effet après la mort de l'époux, et, en conséquence, le mari peut disposer seulement des biens qu'il pourra transmettre à ses héritiers, c'est-à-dire de sa moitié de la communauté. A ce moment, en effet, la femme aura sur sa part de biens communs un droit effectif dont elle ne peut être dépouillée par la volonté du mari.

Comme nous le dit Auroux des Pommiers, « le droit de la femme, qui n'est à la vérité qu'un droit habituel durant le mariage, devient un droit actuel après la dissolution de la communauté ». Comment, en lisant ces lignes de notre commentateur, ne pas se rappeler la traditionnelle maxime : « *Uxor non est socia seu speratur fore* ».

Notre droit coutumier, soucieux des intérêts de l'épouse et trouvant trop exorbitante la grande maîtrise accordée au mari, avait apporté une autre res-

triction à la liberté de disposition qui lui était concédée sur les biens communs. Cette restriction qui s'appliquait dans notre Coutume avait été insérée dans les textes des Coutumes de Paris, d'Orléans, du Berry et d'autres moins célèbres (1). En reconnaissant aux maris le pouvoir d'aliéner à sa volonté les effets de la communauté, elles ont ajouté ce mot : « *pourvu que ce soit sans fraude.* » Et la Jurisprudence eut vite fait de dégager de ces mots « sans fraude » toute une série de restrictions aux pouvoirs si étendus du mari. La donation universelle des biens communs même faite à des enfants communs, fut présumée consentie en fraude des droits de la femme.

Il en fut de même des libéralités particulières que le mari aurait pu transmettre à son enfant d'un précédent mariage ou à un de ses héritiers présomptifs. Les arrêts ont également considérés comme frauduleuses des donations consenties à des époques particulièrement critiques, par exemple au cours d'une grave maladie qui avait entraîné la fin du donateur (2).

Très souvent c'était une question de fait à apprécier par le Juge que celle de savoir si telle disposition du mari devait être présumée frauduleuse. A ce propos, nos commentateurs nous ont rapporté plusieurs

(1) Paris, 225. Orléans, 193. Berry, titre I, art. 19.

(2) La Thaumassière, *Décisions*, livre I, ch. XIII.

espèces intéressantes dans lesquelles sont intervenus des arrêts qui ont fait Jurisprudence en la matière (1).

Comme tout le droit coutumier, notre Jurisprudence a eu une tendance à contrôler et à limiter les pouvoirs du chef de la communauté. Nous devons cependant remarquer que ce sont les futurs conjoints eux-mêmes qui, dans leurs contrats de mariage, ont apporté des restrictions vraiment effectives à l'immense maîtrise du mari. Ils l'ont fait surtout en organisant le régime de communauté réduite aux acquêts qui obtint toujours un vif succès dans notre province.

Le mari qui, seul présidait au sort de l'actif commun, restait également tout seul à répondre du passif. C'est à lui seul que les créanciers pouvaient s'adresser pour le règlement des dettes tombées en communauté, même pour celles qui y étaient entrées du chef de la femme.

Toute dette de communauté est dette du mari et comme telle son exécution peut être poursuivie sur les biens personnels du mari en cas d'insuffisance des biens communs. Mais si le mari encourt une responsabilité aussi lourde c'est que son pouvoir de disposer directement des biens communs entraîne pour lui la possibilité de les aliéner d'une façon indirecte. Il peut, en effet, employer les valeurs communes au

(1) Voir Rouyer et Auroux des Pommiers, art. 236.

paiement de dettes, il peut contracter à son gré des emprunts nouveaux et affecter les héritages communs à la garantie de ces obligations. Et son épouse ne possède aucun moyen de s'opposer à cette aliénation du patrimoine commun qui, dans beaucoup de ménages se fait à l'insu de la femme.

En vertu de son pouvoir de dispensateur de l'actif et du passif communs, le mari possède encore l'administration et la jouissance des propres de la femme. Notre coutume lui accorde expressément ce droit par la disposition de son article 235 : « *Le mari a le gouvernement et administration des héritages et possessions de la femme, le mariage durant et est seigneur des biens meubles, fruits revenus et émoluments appartenant à la femme et de ses dettes mobilières et les peut demander et poursuivre en jugement et dehors en son nom sans ladite femme et lui en appartiennent les actions personnelles et possessoires et en peut être convenu.* »

Un autre motif a fait accorder au mari le Gouvernement et l'usufruit des biens de sa femme. Le mari n'est pas seulement le chef de la communauté, il est le chef du ménage et, en cette qualité il doit pourvoir à son entretien. C'est pour lui venir en aide dans les charges qui lui incombent que le droit coutumier a donné au mari la jouissance des revenus et des fruits qui proviennent des héritages propres à la femme. Et cette raison est si décisive que le mari posséderait

cet usufruit et cette administration même au cas où il n'existerait pas de communauté entre les conjoints.

C'est également le mari qui, au nom de la communauté devra acquitter les arrérages des dettes qui sont demeurées propres à la femme. C'est là une contre partie équitable du droit de jouissance dont nous venons de parler. En tant qu'administrateur et usufruitier des biens de la femme, le mari aura le droit de poursuivre en Justice l'exercice des actions personnelles et possessions appartenant à son épouse, c'est également contre le mari que les créanciers personnels de la femme devront diriger leur action pendant la durée du mariage : ils devront toutefois faire déclarer leurs titres de créance exécutoires contre le mari. L'article 235 de notre coutume déclare que le mari devra intenter de semblables actions ou y défendre « en son nom et sans sa dite femme » : Ces mots ont été insérés dans la seconde rédaction et ont apporté un notable changement à la disposition de l'ancienne coutume, qui donnait également au mari l'exercice de ces actions, mais, « au nom de sa femme (1). »

Au point de vue de l'administration des biens de la femme, c'était encore au mari qu'incombait le soin de donner à bail les héritages de sa femme. Tous nos auteurs coutumiers nous déclarent que le bail de

(1) *Ancienne Coutume*, titre VI. art. 4.

l'immeuble de la femme devait être fait à prix raisonnable et sans fraude.

Durant la communauté, le pouvoir du mari de passer des baux ne recevait aucune limitation, mais du jour où elle cessait la femme n'était tenu d'entretenir le bail que pour une période déterminée.

Cette période, au temps de la rédaction de nos Coutumes ne pourrait excéder cinq ans d'après Potier d'Huriel qui invoque à ce propos le témoignage de Papon (1) ». Mais au xvii^e siècle et dans la suite, le Bourbonnais avait adopté la règle de l'article 227, de la Coutume de Paris qui fixait la durée de ces baux à neuf ans pour les biens ruraux et à six ans pour les biens situés à la ville (2). Les baux qui excédaient neuf ou six ans n'étaient pas nuls mais réductibles à ce laps de temps. Au cas où le bail était présumé « consenti en fraude des droits de la femme », c'est-à-dire à un prix déraisonnable, ce bail devait cependant recevoir exécution. Mais à la dissolution de la communauté au cas par exemple de mort du mari, la veuve devait être indemnisée par les héritiers de la perte que son époux lui avait fait subir.

Nous devons remarquer que la doctrine et la Jurisprudence coutumières avaient trouvé dans cette notion de « fraude » une défense facile et assez éner-

(1) Potier d'Huriel, art. 236.

(2) Ducher et A. des Pommiers, Même article.

gique à opposer à l'omnipotence du mari comme chef de la communauté.

Nous l'avons déjà rencontrée comme moyen de protection donné à l'épouse pour limiter la maîtrise de son mari sur le patrimoine commun. Dans le cas qui nous occupe, nous la retrouvons invoquée pour contraindre le mari à ne point dépasser ses pouvoirs d'administrateur des biens dotaux. Un bail consenti à un prix dérisoire ou pour une durée excessive ressemblerait en fait à une aliénation partielle des héritages. Et notre coutume fait au mari la défense la plus formelle d'aliéner les propres de sa femme sans obtenir son assentiment : « *mais il ne peut vendre, ni aliéner les héritages de ladite femme sans son vouloir et consentement* (1). » Et nos auteurs et notre Jurisprudence donnent à l'épouse dont le propre a été aliéné sans qu'elle consente le droit le plus énergique qu'un propriétaire puisse posséder le droit de revendication. Mais ce droit, la femme pourra en user seulement à la dissolution de la communauté et le retard apporté à l'exercice de ce droit présente des inconvénients qu'il est facile de concevoir. Aussi, nos auteurs avaient-ils voulu ménager à la femme un droit plus immédiat et plus efficace que nous retrouverons.

Malgré les restrictions que les jurisconsultes et les arrêts ont apporté au pouvoir du mari sur la commu-

(1) Art. 235, *in fine*.

nauté, ce pouvoir reste immense et le principe du mari seigneur et maître des biens communs n'a guère subi d'altérations. La véritable limitation de cette maîtrise de l'époux vient précisément d'une autre principe de notre droit coutumier. Si l'intérêt du mariage veut que le mari soit un chef de communauté investi de toute faculté de gouvernement et de disposition, ce même intérêt ne recevrait plus satisfaction dès l'instant où le pouvoir du mari pourrait porter atteinte au patrimoine propre de son épouse. La sauvegarde de ce patrimoine, voilà la véritable limite que ne doivent pas dépasser les facultés de dispositions laissées au mari sur les biens communs.

Pouvoirs de la femme. — Au Moyen Age notre droit coutumier avait considéré l'épouse comme une collaboratrice du mari dans la direction des intérêts communs. Dans la suite, sous l'influence grandissante du droit romain, la condition juridique de la femme mariée avait subi une dépréciation. On se refusa à lui reconnaître un rôle vraiment actif dans la conduite de l'association conjugale. On ne l'admit plus à figurer aux côtés de son mari dans les actes juridiques intéressant leur communauté, et au cas d'empêchement en l'absence du mari on obligea l'épouse à s'adresser à la justice pour l'habiliter à tenir son lieu et place. Les pouvoirs du mari, au contraire, ne cessaient d'être augmenté et longtemps avant la rédaction de nos coutumes la femme avait

vu son activité juridique enchaînée par les liens d'une autorisation rigoureusement formaliste ! Son rôle n'était plus celui d'une associée à la direction de la communauté, Dumoulin venait de le proclamer pour la France coutumière : *Uxor non est proprie socio sed peratur fore.*

Et cet adage, qui fit fortune, nous montre combien nous nous étions éloignés de la conception large et franche que nos anciens du Moyen Age s'étaient faite de la collaboration des époux de cette collaboration si intime qu'elle arrachait aux auteurs de l'époque ce cri d'admiration : *Jan duo non sunt sed una caro.* Nous l'avons déjà observé au moment où nous avons étudié la puissance maritale, notre Coutume avait accepté toutes ces entraves apportées par le droit romain à la capacité juridique de la femme mariée. Et la pratique encourageait ces diminutions des pouvoirs de l'épouse en même temps qu'elle grandissait l'étendue de ceux du mari. A part quelques exceptions où elle recouvrait sa liberté d'action, l'épouse ne pouvait pas agir valablement au nom de l'association conjugale sans le consentement exprès et spécial de son époux. Pendant le cours du mariage, les droits de l'épouse sur la communauté étaient absorbés par ceux du mari, ou lui permettait seulement d'intervenir quand le mari commettait les excès de pouvoir que nous avons examinés. Et la femme mariée ne pouvait sortir de ce rôle passif

qu'en ayant recours à l'autorisation de son mari ou de la justice. Il y avait cependant un acte tout personnel d'ailleurs, que la femme pouvait faire sans l'assentiment du mari ; c'était son testament. Et dans ses dispositions de dernière volonté, la femme mariée avait pleine liberté pour régler la dévolution de sa part des biens communs. En agissant ainsi la femme ne portait pas atteinte au principe de la nécessité de l'autorisation maritale. Les dispositions testamentaires ne produiront leur effet qu'au moment où l'union et la communauté conjugales seront dissoutes par le décès de l'épouse.

Nous avons vu que le mari possédait durant le mariage, l'exercice des actions mobilières appartenant à la femme. Cependant lorsqu'il s'agissait d'une universalité de meubles, la femme mariée devait être partie à l'instance en même temps que son mari. Et Auroux des Pommiers nous dit qu'elle pourrait même intenter seule de pareilles actions au cas où son mari se refuserait à agir. Elle devrait cependant se faire autoriser par justice (1).

Une succession mobilière était considérée comme une universalité de meubles et bien qu'elle dût entrer dans la communauté suivant les règles de notre coutume, le mari ne pouvait pas accepter une succession de ce genre en y renoncer sans obtenir le consente-

(1) A. des Pommiers, art. 235, p. 367.

ment de son épouse. Dans ces divers cas, la femme mariée reprenait son ancien rôle de collaboratrice subordonnée au mari par bonne discipline conjugale, mais conservant à ses côtés une activité juridique véritablement efficace.

Avec l'autorisation de son époux, la femme mariée est capable d'obliger la communauté par les engagements qui résultent des contrats qu'elle a passés. Dans la poursuite et la défense de ses droits, si elle a succombé elle sera condamnée et l'exécution du jugement se fera sur les biens communs si elle a été dûment autorisée. Et il n'est même pas nécessaire qu'elle tienne cette autorisation de son mari pour que la sentence qui intervienne contre la femme soit poursuivable sur ses biens communs. Il en serait encore ainsi au cas où l'épouse aurait été autorisée par le juge par suite d'un refus injuste de son mari (1). L'époux qui a donné à sa femme une autorisation à l'effet de faire valoir ses droits, est responsable sur les biens de la communauté d'abord, sur ses biens personnels ensuite, des condamnations prononcées contre la femme. Aussi, Auroux des Pommiers nous dit que de son temps : « on voit peu de maris qui veuillent autoriser leurs femmes, pour plaider ; ils les font presque toujours autoriser par justice. » Nous ne trouvons pas dans notre Coutume une disposition

(1) Auroux des Pommiers, note sous l'art. 237.

analogue à celle de la Coutume de Berry permettant au mari de donner à la femme, par contrat de mariage, une autorisation générale d'administrer ses biens propres. Les époux avaient une tendance à restreindre la composition de l'actif commun à une somme d'argent déterminée de part et d'autre. Le surplus des biens mobiliers des époux leur demeurait propre et devait « sortir nature d'héritages ». En limitant ainsi l'étendue de la communauté la maîtrise du mari se trouvait donc très amoindrie et les biens de la femme étaient efficacement protégés. On était arrivé à supprimer toute collaboration intime des deux époux dans le fonctionnement de la société conjugale. Pour des raisons qu'il est inutile de rappeler ici, on avait suspendu pendant le cours du mariage le rôle actif que devait jouer la femme en sa qualité de commune, d'associée et on cherchait par d'autres moyens à garantir la sécurité du patrimoine personnel de l'épouse.

II. — Dissolution de la communauté.

La dissolution de la communauté résulte le plus souvent de la mort d'un des conjoints. Elle peut être également la conséquence d'une séparation de corps ou de biens prononcée entre les époux. La séparation de corps, que notre ancien droit appelait « au-

thentique ». *Quoad thorum et habitationem*, entraînait par contre-coup la séparation de biens. Au temps de la rédaction de nos Coutumes, le juge ecclésiastique était appelé à se prononcer sur les séparations de corps appelées également divorce : « *sans toucher aux séparations qui accessoirement, en cas de divorce, se demandent devant les juges ecclésiastiques* (1). » Ces juges qui statuaient sur la séparation de corps connaissaient accessoirement des séparations de biens (2). Mais la jurisprudence avait de bonne heure borné le rôle des juges ecclésiastiques à la connaissance du point de droit que soulevaient ces séparations de corps. Elle réservait aux tribunaux séculiers la connaissance du point de fait qui était examiné par les juges royaux au cours de l'enquête.

Dès le xvi^e siècle, les arrêts et la doctrine avaient décidé que malgré les termes de l'article 73 de notre Coutume, le juge laïc était compétent pour connaître des séparations de corps comme des séparations de biens (3). La disposition de notre Coutume n'était donc plus suivie dans la pratique.

(1) Art. 73, *in fine*.

(2) A. des Pommiers, page 113, même article.

(3) Note de Dumoulin sur notre article : *Quia nec accessorie quidem possunt Ecclesiastici cognoscere de separatione bonorum, sicut nec de restitutione dotis; tanquam ab abusu affellari potest: quamvis tempore descriptionis hujus consuetudinis ab anno 1500 Duces Borbonii hoc permitterent, ta-*

La communauté dissoute par la mort du mari ou par une séparation, la femme se trouvera en présence de deux décisions à prendre. Si elle juge que la communauté a été prospère et qu'elle peut en retirer un gain elle acceptera de partager avec les héritiers de son mari. Si, au contraire, le patrimoine commun a été dissipé par le mari qui, peut-être, a contracté également des dettes fort lourdes, la femme renoncera au partage et s'en tiendra à la reprise de ses biens. C'est le parti que prendra d'ordinaire la femme qui aura demandé et obtenu la séparation de biens.

Acceptation de la communauté. — C'est à la dissolution de la communauté que va se rétablir entre les conjoints l'égalité qui a été suspendue au profit du mari pendant le cours du mariage. Et quand la femme acceptera la communauté, les deux époux vont retrouver leur physionomie d'associés qui liquident l'actif social. Chacun d'eux va reprendre les biens que notre Coutume lui conserve comme propres de communauté. Dans cette réponse des biens personnels de chaque conjoint, interviendra la disposition de notre article 221 que nous avons déjà analysée. La femme dont l'apport en communauté a été exclusivement mobilier verra « sortir nature d'héritage » à son profit les deux tiers de son apport s'il

men non potuerunt præjudicare Regi nec Ecclesiastici contra ejus jurisdictionem præscribere.

s'agit de conjoints nobles, la moitié seulement s'ils ne possèdent pas ce privilège. La reprise faite de leurs biens personnels, les conjoints ou leurs héritiers partageront les biens communs suivant la règle de notre article 269.

« Conquêts et dettes personnelles, active et passive se partent entre communs comme les biens meubles et sont reputez de même nature que meuble s'il n'y a convention contraire ». Au cas où la communauté conjugale a été dissoute par la mort du mari, la veuve qui accepte la communauté devra dresser un inventaire des biens à partager. Notre Coutume punit en effet, la veuve qui n'a pas fait inventaire en décidant que la communauté continuera entre elle et les héritiers de son mari. Il en serait de même si le mari survivait et qu'il ait négligé de faire dresser cet acte la communauté se prolongerait entre lui et les héritiers de l'épouse décédée. Il n'y aurait pas lieu d'examiner comme le fait la Coutume de Paris dans son article 240 si les héritiers du prédécédé sont majeurs ou mineurs, notre Coutume ne fait pas cette distinction et la communauté se continuerait donc entre la veuve et les héritiers même majeurs de son conjoint. Et à ce point de vue notre Coutume présentait avec celle de Paris une grave différence et cette continuation de communauté intervenait non seulement en faveur des enfants majeurs ou mineurs, mais aussi en faveur des autres parents, des héritiers collatéraux (1). Nous n'avons fait qu'ana-

lyser les dispositions de notre article 270 qui s'exprime ainsi : « *Si l'un des conjoints par mariage ou autres communs vont de vie à trépas et laissent enfants ou autres qui soient leurs héritiers et le survivant desdits conjoints ne fait aucun inventaire, partage division ou autre convention équipollant à partage dedant quarante jours, à compter du jour du trépas du prémourant, la communauté de biens se continue et conserve et ledit survivant et lesdits enfants pour la portion du défunt, si bon leur semble et néanmoins sont saisis entre en possession de la succession de leurs pere et mere trepassez ou autres desquels ils sont héritiers.* »

L'inventaire dressé, on procédait au partage des biens communs et les dettes de la communauté étaient soldées par la femme et les héritiers du mari proportionnellement à la part d'actif qu'ils retiraient de ce partage. C'est là décision que donnait notre coutume et dans son article 269 que nous venons de reproduire et dans son article 241 :

« La femme qui est personnière avec son mari en meubles et conquêts est tenue après le décès de son mari de payer les dettes de ladite communauté pour telle part et portion qu'elle prend es-meubles et communauté. »

En cas d'acceptation de la communauté la femme ou ses héritiers sont donc tenus de payer leur part de toutes les dettes qui ont été contractées par le mari et cela bien que la communauté n'en ait pas été profité.

Mais cette part de dettes ne devra pas être supérieure à la portion d'actif qui forme le lot de la femme. Cette limitation de l'obligation de la veuve aux dettes communes était nécessaire pour empêcher que le patrimoine propre de la femme ne fût compromis par la gestion de son époux durant la communauté. C'est ce que notre droit moderne exprime en disant que la veuve acceptante n'est tenue des dettes de la communauté qu'en proportion de l'émolument qu'elle recueille. Notre article 241 ne dit pas autre chose. Mais dans la mesure de cet émolument, la veuve pouvait être poursuivie même sur ses biens propres. Quand la femme a accepté la communauté, on considère que les engagements du mari l'ont obligée personnellement et dans la mesure où elle est tenue des dettes communes, elle en répondra sur ses biens personnels. Ce bénéfice d'émolument accordé à la veuve ou à ses héritiers sembla pour cette raison insuffisant à notre droit coutumier qui voulait exiger la protection intégrale du patrimoine propre de l'épouse. Et au xvi^e siècle, on donna à la veuve le moyen radical de soustraire ses propres à une situation qui allait à l'encontre de notre adage coutumier. *Marito non licet oncrare propria uxoris*. Ce moyen, ce fut encore l'inventaire, et nous le trouvons organisé dans l'article 228 de la Coutume de Paris et dans l'article 187 de celle d'Orléans. Désormais la femme est assurée de limiter la poursuite des créanciers aux seuls profits

qu'elle a retirés de son partage de communauté. Il lui suffit de faire « loyal inventaire et qu'il n'y ait faute ny fraude de la part de la femme ou de ses héritiers » (1). Elle peut de cette façon rendre compte aux créanciers de tout ce qu'elle a reçu de la communauté et leur faire abandon des avantages qu'elle a recueillis. Elle serait ainsi définitivement libérée de la part du passif commun qui lui est incombé. La Jurisprudence avait étendu les dispositions des Coutumes de Paris et d'Orléans aux Coutumes qui ne présentaient point de règle spéciale à cet égard. Un arrêt célèbre en Bourbonnais (2) avait, au début du xvii^e siècle, fixé d'une façon définitive la Jurisprudence de notre Coutume. Et ce privilège accordé à la femme était venu compléter la protection que notre Coutume avait voulu garantir à la femme dans sa disposition de l'article 241.

Quand la femme use de ce bénéfice, il ne faut pas perdre de vue qu'elle ne peut plus reprendre au préjudice des créanciers les biens qu'elle a apportés dans la communauté : en effet ces biens par suite de son acceptation se trouvent confondus dans le patrimoine commun. Au cas de prédécès de la veuve ses héritiers pouvaient jouir du même privilège sous la même condition de dresser un inventaire exact.

(1) A. des Pommiers, page 384.

(2) A. des Pommiers, page 384, art. 243.

Toutes ces mesures de protection sont organisées pour permettre à la femme de reprendre intégralement ses biens propres et de ne pas avoir à regretter l'acceptation de la communauté.

Sans doute quand la veuve avait pris soin de faire rédiger un inventaire remplissant les conditions requises, elle n'avait point à redouter les poursuites des créanciers de la communauté, pour la sauvegarde de ses biens propres.

Mais la confection de cet inventaire était une formalité qui, pour être valable, devait réunir des conditions quelquefois difficiles à obtenir : une omission involontaire pouvait entraîner la nullité de ce moyen de défense pour la veuve. Aussi lorsqu'il était de toute évidence que les affaires communes se trouvaient en très mauvais état et que la femme ne pourrait retirer de l'acceptation de la communauté autre chose que des ennuis et des frais inutiles, la veuve avait intérêt à se soustraire, elle et ses biens, à la liquidation d'une société dont le mari seul avait dirigé les opérations. Elle s'en tenait alors à la seconde décision que nous avons indiquée au début de ce chapitre elle renonçait purement et simplement à la communauté.

Renonciation à la Communauté. — Dès le Moyen Age, notre Droit coutumier avait ménagé à la femme ce moyen énergique d'éviter que sa fortune propre ne fut compromise par un état de classe dont le mari détenait toute la responsabilité. Au début, la renon-

ciation de la femme à la communauté n'était permise qu'aux femmes nobles, les femmes roturières obtinrent ensuite le même droit, et, longtemps avant la rédaction de nos Coutumes, on ne faisait plus de distinction à cet égard. La faculté pour la femme de renoncer à la communauté était un usage du droit commun et elle lui était accordée malgré le silence des Coutumes ou des contrats de mariage à l'égard de cette renonciation. La femme n'aurait d'ailleurs pas été admise à stipuler dans son contrat de mariage qu'elle s'engage à ne pas user de cette faculté de renonciation : une telle clause était, avec raison, considérée comme contraire au droit public. Les héritiers de la femme prédécédée possédaient le même droit que la veuve et ce droit s'appliquait aux héritiers en ligne directe comme à ceux de la ligne collatérale.

Notre Coutume ne contenait pas de disposition précise relative au droit des héritiers de renoncer à la communauté, mais la Jurisprudence avait étendu à notre Coutume, comme à toutes les autres, la disposition de la Coutume de Bretagne (1) qui accordait expressément cette faculté aux héritiers de la femme.

La renonciation à communauté pour être valable était soumise à plusieurs formalités. Une première nous est indiquée par l'article 245 de notre Coutume : *« doit faire la renonciation judiciairement dedans*

(1) Coutume de Bretagne, art. 435.

quarante jours après qu'elle aura seu le trépas de son mari. » Ce délai de quarante jours fut observé jusqu'à l'ordonnance de 1667, qui accorda un délai plus long et s'appliqua dans toute la France même dans les Provinces comme Bourbonnais dont les Coutumes avaient fixé le délai pour renoncer.

L'ordonnance de 1667, accorde à la veuve trois mois pour faire inventaire, et quarante jours pour prendre une décision et renoncer expressément. .

D'autres formalités sont également prévues et réglées par notre article 245. Elles s'appliquaient au temps de la Rédaction de nos Coutumes, mais elles tombèrent en désuétude au xvii^e siècle.

Nous les indiquerons pour mémoire : « Appelez pour ce faire les héritiers apparens du trépassé, s'ils sont demeurans en la Justice en laquelle le défunt était domicilié en Bourbonnais, au temps dudit trépas ; et à faute desdits héritiers appeler le Procureur de la Justice dudit lieu ou le trépassé était domicilié (1). »

Au xviii^e siècle la renonciation à communauté se faisait de la façon suivante dans l'usage de notre Province. La veuve, au jour fixé, se présentait à l'audience, elle déclarait renoncer et prêtait serment que sa renonciation n'était pas faite en fraude du droit des créanciers (2). Mais ces formalités judiciaires

(1) Art. 245.

(2) Voir Rouyer, Ducher et Auroux des Pommiers sous ce même article.

étaient toujours restées indispensables et une renonciation devant notaires n'aurait pas suffi. Lorsque la veuve n'a pas fait sa renonciation dans les délais prévus par la Coutume ou l'Ordonnance : « *elle est tenue et réputée personnière, sans ce qu'il soit besoin lui requérir en faire déclaration, ni qu'elle l'ait déclaré, nonobstant qu'il eut été convenu de faire ladite renonciation dedans plus longtemps que lesdits quarante jours au contrat de mariage ou autrement* (1). »

Dans un pareil cas, la veuve est donc privée définitivement du bénéfice de la renonciation. Quant à la convention qui est visée par la disposition finale du précédent article, elle ne serait pas valable à l'égard des créanciers, mais à l'égard des héritiers, elle devrait recevoir son exécution. Telle était l'opinion de Dumoulin : *Quæ fractio non valet contra creditores, sed bene contra heredes* (2), et, tel était également le sentiment général des commentateurs de notre Coutume. Les époux, dans leurs contrats de mariage, prolongeaient volontiers le délai fixé pour la renonciation à communauté.

Pendant le délai qui lui est accordé, la veuve continue de vivre dans la maison de défunt avec sa famille et sa domesticité, et, Auroux des Pommiers nous dit :

(1) Art. 246, *in fine*.

(2) Du Moulin. Note sous l'art. 246 de notre coutume. Dans Berroyer, page 158.

« la veuve vivra d'une manière proportionnée et conforme à son état et condition ; et au cas qu'elle ne put honnêtement demeurer dans la maison du défunt on lui doit fournir ailleurs un logement convenable (1) ».

Notre coutume n'impose pas à la veuve renonçante l'obligation de faire inventaire. La veuve qui souvent à la mort de son époux, abandonnera la maison du défunt et ne s'occupera point des biens communs, n'est pas tenue de faire dresser un inventaire de ces biens. C'est aux héritiers du mari à veiller à leur conservation et à procéder, s'ils le jugent utile, à la confection de cet acte. Auroux des Pommiers nous relate cependant qu'à la Sénéchaussée de Moulins des jugements avaient déclaré cette formalité obligatoire pour la femme. Et Decullant François nous rapporte le même fait. Mais cette Jurisprudence qui d'ailleurs dérogeait à l'ancienne, avait été très éphémère ; et les arrêts et les auteurs étaient tombés d'accord pour ne pas exiger un inventaire au cas de renonciation à la communauté (2). Cependant il y avait un cas où la veuve devait faire procéder à cette formalité. C'était celui où la veuve tutrice des enfants était saisie des biens propres du mari en même temps qu'elle demeurait en possession des biens communs. Dans ce cas, la veuve devait dresser un

(1) Page 393 et s.

(2) A. des Pommiers, page 389 et s.

inventaire qui lui servait à se justifier au cas où, dans la suite, on eut porté contre elle une accusation de détournement. Cette situation spéciale mise à part, la veuve renonçante ne s'inquiétait pas de l'inventaire.

Une autre condition est requise pour la validité de la renonciation. Elle doit être faite « les choses entières » c'est-à-dire que la veuve ne doit pas se permettre sur les biens communs un acte qui soit de nature à faire présumer son acceptation. Tel serait le fait pour la veuve d'avoir payé les dettes de son mari : il y aurait là un cas d'acceptation tacite de la communauté.

La veuve est encore déclarée commune dans un autre cas qui n'est plus une simple négligence ou un simple fait d'immixtion : *Et s'il s'est trouvé qu'elle ait soustrait ou récélé aucun desdits biens communs entre elle et sondit mari, elle est tenue de payer la moitié desdites dettes, nonobstant ladite renonciation et néanmoins sera tenue à restitution et dommages et intérêts.* (1)

Quand les choses soustraites avaient été restituées, la veuve coupable était privée de la part qui lui serait revenue sur les biens qu'elle avait essayé de détourner. Dans tous les cas que nous venons d'examiner la femme n'a point satisfait aux conditions requises pour

(1) Art. 246, *ab initio*.

la validité de la renonciation et le résultat est de la priver de ce bénéfice.

Quand la renonciation avait été faite selon les règles demandées par notre coutume, la femme ou ses héritiers étaient déchargés de toutes les dettes de la communauté. « La femme, après le trépas de son mari peut renoncer à la communauté qu'elle avait avec feu son mari, et néanmoins avoir et retenir son héritage et douaire et ne sera tenue d'aucunes dettes procédant de ladite communauté. » Ainsi s'exprime notre Coutume au début de notre article 245. La femme reprendra donc ses biens propres et elle ne sera pas tenu des dettes communes qui ont été contractées sans qu'elle se soit engagée personnellement.

Mais quant aux dettes qu'elle a contractées elle-même pour la communauté, elles peuvent être exécutées sur les biens de la femme même au cas de renonciation à la communauté. Seulement la veuve aura un recours sur les biens communs et à défaut ou en cas d'insuffisance de ces biens, sur le patrimoine personnel de son époux pour le montant de la dette qu'elle a dû payer sur la poursuite des créanciers.

La veuve renonçante a le droit de reprendre tous les biens propres qu'elle possédait au moment du mariage ou qui lui sont parvenus au cours de l'union conjugale.

Encore faut-il que ses biens propres ou quelques-uns d'entre eux n'aient pas été ameublis, car la veuve

doit abandonner tout ce qu'elle a apporté dans la communauté, biens meubles ou héritages ameublis. Mais cette perte de l'apport en communauté pouvait être quelquefois considérable : et, dans les contrats de mariage. La future épouse où ses parent avaient soin de faire insérer une clause destinée à éviter cette perte. Aux termes de cette stipulation, la veuve renonçante opérant la reprise intégrale des biens qui étaient tombés dans la communauté de son chef soit au moment du contrat, soit au cours du mariage.

A l'exemple du droit commun coutumier, notre Coutume de Bourbonnais avait reconnu au mari des pouvoirs immenses sur la communauté, mais justement effrayée de cette trop grande maîtrise, elle avait ménagé à la femme une série de protections tendant à assurer la sauvegarde de son patrimoine.

III. — Régime des « Biens dotaux ».

En Bourbonnais il n'y avait pas de distinction à établir comme en Auvergne pays de dotalité entre les biens dotaux et les paraphernaux. Tous les biens que la femme possède au jour du mariage ou qui lui parviennent au cours de l'union sont réputés « biens dotaux », à moins que les règles de la Coutume ou les clauses du contrat de mariage ne disent expressé-

ment que ces biens entreront dans la Communauté. C'est qu'il existe un contraste absolu entre les biens communs et les biens dotaux, contraste que notre Coutume s'est plu à mettre en évidence dans ses dispositions.

Les biens communs sont, en effet, confondus pendant le mariage avec le patrimoine du mari qui en dispose comme de ses biens propres.

Les « biens dotaux » constituent, au contraire, la fortune personnelle de la femme dont la jouissance seule est destinée à être commune.

Nous disons la jouissance seule parce que même au cas d'apport mobilier, l'usage de notre province voulait que la femme fixe de suite dans son contrat de mariage la part qu'elle entendait verser à la communauté. Et nous avons vu que notre Coutume, dans son article 221, avait déterminé cette part au cas où le contrat de mariage aurait gardé le silence à cet égard.

Cette part va être une fraction de l'apport mobilier de l'épouse ou d'après le contrat de mariage, une partie de ses héritages que la femme consent à assembler.

La future épouse déclare abandonner cette part de biens au mari : « pour acquérir le droit à la communauté ». On considérerait donc cet apport de la femme dans la société conjugale comme le prix nécessaire des gains qu'elle pourra recueillir du bon fonctionne-

ment de la communauté. Mais cette contribution de la femme, une fois déterminée par la Coutume ou les conventions, le surplus de la fortune de l'épouse lui demeurera comme patrimoine propre et l'on arrivera ainsi à former deux masses parfaitement distinctes : d'une part les biens communs, d'une autre les biens dotaux.

Pour les héritages composant cette dernière masse, pas de difficulté. Le mari, en tant que chef de la communauté, en aura l'administration et la jouissance le mariage durant.

La propriété restera à l'épouse en vertu des règles de notre Coutume que nous avons déjà rencontrées.

Pour les sommes d'argent qui ne devaient pas tomber en communauté, désignées sous l'appellation de « deniers dotaux », les contrats de mariage stipulent d'ordinaire qu'il en sera fait tel emploi, tel usage qu'ils déterminent. Souvent c'est un héritage qui devra être acquis dans un délai fixé et qui constituera un propre pour la femme. Notre Coutume, dans son article 248, prévoit d'ailleurs cette clause de style dans les contrats de mariage lorsqu'elle déclare : *« Si deniers de mariage qui doivent sortir nature d'héritage, ne sont employez avant le trépas du mari ou de la femme, ils se prendront premièrement sur les meubles. »*

Il y avait donc pour le mari obligation de faire emploi de ces deniers dotaux ; s'il n'y avait point sa-

tisfait, la femme avait, comme nous le verrons, droit à une récompense qui s'exerçait sur les biens communs et ensuite sur les biens personnels du mari.

Dans le précédent chapitre, nous avons montré que le mari possédait sur les biens communs les droits d'un véritable propriétaire ; sur les biens dotaux, au contraire, l'attribut essentiel du droit de propriété, la faculté de disposer appartient à la femme qui l'exerce sous la réserve de l'autorisation maritale. Nous venons de voir la sanction que notre Coutume organisait lorsque les deniers dotaux n'avaient pas été employés.

La même sanction s'appliquerait au cas où ces deniers auraient été dissipés à l'insu de la femme et également au cas où ils auraient reçu une autre destination que celle réglée par la Coutume ou les contrats.

Pour les héritages, un texte de notre Coutume déjà cité, dispose que le mari « ne peut vendre, ni aliéner les héritages de sadite femme sans son vouloir et consentement (1). »

L'aliénation du bien de la femme faite par le mari au mépris de cette règle n'était pas considéré comme valable à l'égard de l'épouse. Elle ou ses héritiers pouvaient revendiquer l'héritage contre toutes sortes d'acquéreurs après la dissolution de la communauté.

(1) Art. 235.

Et nos auteurs avaient voulu ménager à la femme une sanction plus immédiate et plus efficace.

Ils déclaraient que, même pendant le mariage, la femme autorisée par la Justice pouvait évincer l'acquéreur de son propre aliéné sans son consentement (1).

Comme nos auteurs coutumiers nous le déclaraient : « la femme, par son mariage, ne se dépouille pas de la propriété de la dot, elle en retient toujours le domaine (2) ». Et quand il s'agit de ses biens dotaux, c'est l'épouse qui, avec l'autorité de son mari, peut « vendre, donner, échanger, autrement aliéner », ainsi que nous le déclare notre article 238.

C'est donc la femme qui, dans tous ces contrats, figure et parle avec l'autorisation maritale requise seulement pour contrôler les actes de l'épouse dont notre droit coutumier avait exagéré l'infériorité juridique.

Avec cette tutelle du mari, l'épouse retrouve cependant une activité juridique souveraine, puisque c'est de son consentement que dépend la validité des actes de dispositions consentis sur les biens dotaux.

Après la dissolution du mariage, il importait de

(1) Decullant. Mendel et Auroux des Pommiers avaient adopté l'opinion de d'Argentré. Art. 419 de la Coutume de la Bretagne.

(2) *Op. cit.*, A. des Pommiers, page 365.

garantir à la femme la restitution intégrale des biens dotaux dont le mari n'avait jamais eu que l'usufruit (1). C'est à quoi vise la disposition de notre article 247, empruntée par notre Coutume à celle d'Auvergne (2). « La propriété des biens dotaux retourne à la femme ou à ses héritiers le mariage dissolu, et en est ladite femme saisie et en possession, ou ses héritiers sans autre appréhension de fait. »

Cette disposition complète pour la femme la série de protections qui lui ont été ménagées par notre Coutume et notre Jurisprudence. Si la femme juge la communauté défavorable, elle y renoncera. Si elle a l'intention de l'accepter, la seule confection d'un inventaire lui ménagera le bénéfice d'émolument. Et dans les deux cas elle ou ses héritiers seront à la dissolution du mariage saisis de plein droit de tous les biens qu'elle avait apportés au moment du mariage et de tous ceux qui, au cours de l'union, sont venus grossir son patrimoine.

Notre Coutume avait jugé suffisantes les garanties qu'elle avait organisées relativement à la restitution des deniers et des héritages dotaux.

(1) A. des Pommiers, page 394.

(2) Cette disposition ne figurait pas dans l'Ancienne Coutume. Elle a été ajoutée lors de la rédaction de 1520. Elle est la reproduction de l'art. 10, titre XIV de la Coutume d'Auvergne. La Coutume de la Marche, art. 307, contient une pareille décision.

Et nous ne rencontrons pas dans notre Coutume cette institution curieuse prévue par les Coutumes de Bourgogne et de Nivernais et, connue dans notre ancien droit, sous le nom d'assignat ou assignal de la dot. On entendait par assignat l'affectation expresse de tout ou partie des immeubles du mari au paiement de la dot apportée par sa femme. En Bourgogne et en Nivernais l'assignat général n'était pas autre chose qu'une hypothèque conventionnelle portant sur tous les biens propres du mari. Nous avons vu que notre Coutume réservait à la femme des protections d'une efficacité au moins équivalente (1). En Bourgogne, l'assignat particulier présente la plus grande analogie avec l'antichrèse : la femme a pour gage les immeubles sur lesquels l'assignat est constitué (2). En Nivernais l'assignat particulier n'est plus une simple hypothèque ou une antichrèse, c'est une véritable aliénation des immeubles assignés faite sous la condition que la vente restera sans effet, si les deniers dotaux ont été employés au cours du mariage : « *Le mari, ses héritiers ou ayants cause peuvent recouvrer quand bon leur semble, dedans trente ans, les héritages sur lesquels ont été assignés les deniers du mariage de la femme, sortissants nature d'héritage, en payant le prix pour lequel ils ont été assignés et les loyaux*

(1) Bourbonnais, art. 235, 247, 248.

(2) Bourgogne, ch. iv, art. 17.

frais (1). » L'assignat particulier a donc en Nivernais un effet translatif de propriété et cette garantie de la dot semble exagérée. Guy Coquille nous a montré les résultats bizarres que donnait l'assignat particulier dans sa combinaison avec le régime de communauté et le savant auteur félicite notre Coutume de Bourbonnais de s'être montrée plus raisonnable que le Nivernais en rejetant cette institution (2).

IV. — Les récompenses dans la communauté légale.

Notre intention n'est pas d'entrer dans un examen approfondi de la liquidation des rapports pécuniaires entre époux. Nous examinerons seulement le caractère très particulier que notre Coutume présente dans l'organisation de cette théorie des récompenses que le droit coutumier édifiait au moment de la rédaction de nos Coutumes. Nous savons que les règles posées à cet égard par les diverses Coutumes ne faisaient que consacrer une pratique courante des conventions matrimoniales. Dans les contrats de mariage des clauses devenues de style prévoyaient l'emploi des deniers dotaux et stipulaient qu'au cas d'alié-

(1) *Coutume de Nivernais*, art. 12, ch. xxiii.

(2) *Institution au droit des Français*, page 191.

nation d'un propre des époux, le remploi en serait opéré par l'acquisition d'un héritage ou d'une rente qui demeurerait comme propre à l'époux propriétaire du bien aliéné. De telles clauses sont prévues par les articles 248 pour l'emploi des deniers dotaux et 239 pour l'aliénation d'un héritage propre. Nous avons déjà rencontré la disposition de l'article 248 relative aux deniers dotaux et nous avons vu que notre Coutume organise à la dissolution de la communauté un véritable droit à récompense pour l'époux dont les deniers dotaux n'ont pas été employés. Ce droit à une récompense s'exercera « premièrement sur les meubles et s'ils ne suffisent pas sur les conquêts : et si les meubles et conquêts ne suffisent, sur les propres héritages (1) ».

Avant d'examiner la règle de l'article 239 il nous faut donner l'explication du texte de l'article 238 qui paraît écarter le principe d'un droit à récompense pour l'aliénation d'un propre : « *La femme peut vendre, donner, échanger et autrement aliéner ses héritages de l'autorité de son mari, sans être récompensée.* » L'ancienne Coutume contient une disposition semblable (2). Dumoulin, dans une note sur notre article 238, déclare que la femme ne doit pas être contrainte à faire cette vente ni par son mari ni par ses parents. Il

(1) Art. 247.

(2) *Ancienne Coutume*, art. 3, titre VI.

ajoute que le mari peut d'ailleurs, dans la suite reconnaître un droit à la récompense pour son propre aliéné (1). Le président Duret a fait sur notre article la même observation que Dumoulin (2). Ce qu'il y a d'incontestable c'est que notre Coutume n'exige pas un remploi immédiat pour le propre aliéné. Et la disposition de notre article 238 s'éclaire par celle de l'article 240 qui est ainsi conçue : « *Si le mari et la femme ou l'un d'eux avaient vendu leur propre héritage et patrimoine, auparavant leur mariage, ou durant icelui, dont fut dû aucune somme de deniers au tems du décès de l'un d'eux, les deniers qui en seront encore dus au temps dudit décès reviennent et échéent pour le tout à icelui d'eux ou de ses hoirs, duquel l'héritage a été vendu et sont réputez propre heritage et patrimoine du vendeur nonobstant la communauté, d'entre le mari et la femme.* » A la dissolution de la communauté, les deniers provenant de l'aliénation du propre sont considérés comme subrogés à l'héritage vendu et leur valeur figurera au lieu et place de cet héritage dans le patrimoine de son propriétaire. Et celui-ci aura donc un droit à récompense égal au montant de la valeur du propre aliéné au cas où les

(1) *Sane intelligendum ne fiat ad morem viri vel suorum, maritus etiam potuit ex intervallo bonam fidem agnoscendo recompensare uxorem.*

(2) Dans Auroux des Pommiers, page 371.

deniers ne figureraient plus dans la communauté. Ce droit à récompense n'est donc pas immédiatement exigible, mais il existe et comme pour les deniers dotaux son exécution est seulement reportée à la dissolution du mariage.

Ce qui n'existe pas dans notre Coutume c'est le droit pour le propriétaire de l'héritage aliéné de recevoir par forme de contréchange un autre héritage qui sera de plein droit subrogé ou bien vendu. Cette règle existait au contraire dans les Coutumes de la Marche (1) et de l'Auvergne (2) et dans notre coutume locale de Vichy qui suivait la décision de l'Auvergne. Notre Coutume prévoyait d'ailleurs cette subrogation et la soumettait à des formalités essentielles : *« Si le mari ou la femme de l'autorité de son mari, vend son héritage constant leur mariage, pour employer en autre héritage au profit du vendeur, affirmation faite lors de ladite vente ou auparavant, par devant Juge compétent ou deux notaires et tôt après ladite vente lesdits deniers où partie d'iceux sont employez en acquisition d'autres héritages en déclarant et affirmant lors de ladite acquisition que c'est des deniers procédans de ladite première vendition ; en ce cas l'héritage acquis desdits deniers est subrogé et de même nature qu'était celui qui a été vendu jusqu'à la concur-*

(1) Marche, art. 299 et 300.

(2) Auvergne, titre XIV, art. 3 et 4.

rence de la somme contenue en la première vendition (1). »

Notre coutume se montrait une fois encore formaliste en demandant deux affirmations et rigoureuse en exigeant de plus que l'emploi des deniers provenant de la vente de l'héritage se fit « tôt après ladite vente. »

Au même article, notre Coutume requierait les mêmes formalités pour que la subrogation puisse s'opérer lorsqu'il était fait emploi des deniers dotaux : *« Et le semblable est observé en deniers baillez pour la dot de ladite femme qui doivent être convertis en héritages, car l'héritage qui sera déclaré par le mari faisant ladite acquisition, être acquis desdits deniers, est propre à la femme (2). »*

Ces dispositions de notre coutume qui ne figuraient pas dans l'Ancienne rédaction ont été insérées dans la nouvelle à la suite de l'usage courant dans les contrats de mariage des clauses d'emploi des deniers dotaux et des clauses de remploi obligatoires pour le mari. Notre coutume constatant cette pratique de tous les jours a voulu régler les conditions de forme nécessaires à la validité de la subrogation qui était visée par les époux. Et la subrogation conventionnelle relative aux propres aliénés et aux deniers

(1) Bourbonnais, art. 239.

(2) Art. 239, *in fine* :

dotaux employés s'est ainsi organisée dans une coutume qui rejetait la subrogation l'égale à l'égard de ces mêmes opérations.

Malgré l'apparence du texte de notre article 238, la femme dont le propre avait été aliéné voyait s'ouvrir pour elle un droit à être récompensée de la vente de son héritage, par la communauté ou par le mari. En dehors du remploi prévu par les conventions des époux, ce droit pouvait rester sans effet, pendant la durée du mariage, mais à sa dissolution il donne lieu à un règlement pécuniaire entre la communauté et l'époux propriétaire ou entre les époux eux-mêmes, et ce règlement n'est pas autre chose que la liquidation des droits à récompense. C'est bien ainsi que tous nos commentateurs ont compris le sens des textes de notre coutumes relatifs à cette matière. Au ^{xvii}^e siècle Pothier d'Huriel nous déclare : *Le remploi du fonds de la femme vendu pendant la communauté doit être fait perpétuellement sur les biens d'icelle communauté et subsidiairement sur ceux de son mari, même sans stipulation eu égard au prix de la vente* (1). » Et Potier d'Huriel de même que Decullant et Semin célèbres praticiens à la Sénéchaussée de Moulins nous rapportent que le remploi obligatoire pour le mari était déjà introduit dans notre coutume par les sentences de la Ju-

(1) Potier d'Hureil, note sous art. 238.

risprudence et par l'autorité des jurisconsultes (1).

Tous nos commentateurs nous donnent d'ailleurs la même raison de la nécessité du remploi. Elle est fondée sur la disposition de l'article 226, de notre Coutume qui dépend aux conjoints de s'avantager durant le mariage. Il serait par trop facile d'éluder cette règle si le remploi n'était pas de toute obligation. Un des conjoints aliénerait son bien, le prix de la vente entrerait en communauté et serait ensuite partagé entre les époux ou leurs héritiers comme tous les biens communs. Et au XVIII^e siècle, Rouyer et Auroux des Pommiers déclarait également que la prohibition faite aux conjoints de s'avantager indirectement est bien la raison qui a fondé la nécessité du remploi (2). Notre jurisprudence ne parlait pas un autre langage et elle était en plein accord avec nos auteurs pour enseigner que les termes de notre article 238. « Sans être récompensée » signifiaient : sans que l'acquéreur soit tenu de veiller au remploi (3). Ce texte aurait donc eu pour but de donner toute sécurité aux acquéreurs des biens propres de la femme, de ne pas les contraindre à vérifier si le remploi avait été valablement effectué comme le désiraient les coutumes de l'Auvergne et de la Marche.

(1) A. des Pommiers, page 372.

(2) Rouyer et A. des Pommiers, art. 238.

(3) Rouyer et A. des Pommiers, art. 238.

Mais le règlement lui-même des récompenses entre époux n'offrait rien de particulier dans notre coutume contrairement à l'apparence de ses textes. Nous suivons à cet égard les usages de la coutume de Paris et notre Jurisprudence avait adopté les solutions des arrêts du Parlement de Paris. Dès le ^{xvii}^e siècle, nos auteurs nous en donnent le plus formel témoignage (1). Et une disposition, qui permettrait au mari d'aliéner le propre de sa femme sans être tenu à récompense envers elle, serait vraiment étrange dans notre coutume si soucieuse par ailleurs de garantir le patrimoine de la femme contre les entreprises de son époux. Le texte de notre article 238, s'explique par le désir de notre coutume de soustraire les acquéreurs des biens propres de l'épouse aux obligations qui leur incombent d'après le droit suivi en Auvergne. Cette décision de notre Coutume ne signifie pas autre chose, et l'analyse des autres textes relatifs à la matière nous prouve que notre coutume avait voulu rejeter, en ce qui concerne les récompenses entre époux, les règles suivies dans les pays de droit écrit et s'en tenir aux solutions plus larges du droit coutumier.

(1) (*Semin*) unde apud nos sequuntur stat Pans, art. 232, sic in consulendo sive in Judicando, in nostra Provincia observatur.

TITRE II

Communauté conventionnelle.

Dans notre Province de Bourbonnais bien peu nombreux étaient les époux qui se mariaient sans contrat et qui laissaient aux seules règles de la Coutume le soin de gouverner le régime de leurs biens. Dans la grande majorité des unions et même dans les familles très pauvres, les époux tenaient à dresser un contrat de mariage. C'était l'acte le plus important de la vie juridique des époux ; il contenait une grande variété de conventions qui n'avaient pas seulement pour but de régler le régime matrimonial des époux, mais, de constater également les arrangements de famille et les libéralités qui étaient consentis à l'occasion du mariage. Ce contrat devenait comme on l'a dit souvent une « charte de famille » et très en faveur dans la pratique, il était aussi très encouragé par notre coutume qui réservait aux clauses du contrat de mariage une liberté et une sécurité que cet acte était le seul à posséder (1).

Ces clauses destinées à modifier la composition de la communauté d'après les intentions des époux étaient prévues par l'article 236 de notre Coutume.

(1) Art. 219 et suivants de notre Coutume.

Cet article après avoir posé les règles d'organisation de la communauté coutumière, ajoutait : « S'il n'est autrement convenu en contrat de mariage. » Cette disposition donnait en conséquence toute liberté aux futurs époux pour étendre ou restreindre cette organisation elle leur abandonnait aussi la faculté de rejeter la communauté à la condition de s'en expliquer clairement dans leur contrat de mariage.

Dans notre coutume de Bourbonnais, les conjoints se montraient aussi peu empressés à étendre la communauté qu'à la répudier complètement, et, très rares sont les contrats où une communauté de tous biens est stipulée.

Les époux pourraient également convenir d'une séparation de biens. Chacun d'eux administre alors séparément son patrimoine propre, et, acquiert pour lui seul les revenus qu'il lui fait produire. Comme nous le dit Auroux des Pommiers, dans ce régime les époux sont comme des amis qui vivent sans confondre leurs biens : L'autorisation maritale doit cependant intervenir lorsqu'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer les héritages de la femme. Pour l'entretien du ménage, les conjoints conviendront d'une somme que l'épouse versera au mari.

Ils décident souvent que les dépenses se régleront à frais communs.

De telles stipulations sont peu fréquentes et les clauses usuelles dans les contrats de mariage de notre

ancien Bourbonnais, sont celles qui viennent restreindre la composition du patrimoine commun. Le plus souvent, l'apport en communauté est limité à une somme destinée, selon le langage des contrats, à acquérir le droit de communauté à la future épouse : « *Pour acquérir le quel droit à communauté, ladite Damoiselle tant en son nom que comme tutrice de ses enfants et dudit sieur défunt son mary et en chacune des qualités a constitué en dot et mariage à ladite damoiselle sa fille et future la somme de dix mille livres tournois qu'elle promet de lui payer ou pour elle à son futur* » (1).

Dans beaucoup de contrats, c'est une partie de la somme constituée en dot qui doit tomber dans la communauté : « *De la susdite dot en sera pris 1 200 livres pour acquérir droict de communauté par la future* (2) ». Le plus souvent cet apport n'était pas une somme déterminée comme dans le précédent exemple, mais une quote part des biens dotaux la moitié, le tiers très fréquemment.

Le reste des biens dotaux demeurerait comme propre à la future, et, au cas d'apport en deniers, une clause du contrat réglait l'emploi des deniers dotaux. Ces stipulations se faisaient d'ailleurs aussi bien pour le

(1) Pièces justificatives.

(2) Contrat de mariage de Jehan Cousin et Marie de la Loire, passé à Moulins, 17 mars 1632.

mari que pour la femme. Et dans beaucoup de contrats les futurs époux veulent éviter que la moindre part de leurs biens actuels entrent dans la communauté. Ils organisent eux-mêmes ce régime qui a toujours été très en faveur dans notre Province et que nous appelons : la communauté réduite aux acquêts. Dans ce but les futurs époux mentionnent d'abord dans le contrat, la fortune particulière de chacun d'eux, au moment du mariage. Ils déclarent se constituer en dot les biens qui sont portés au contrat et qui doivent « sortir nature d'héritage », et, ils ajoutent : « la communauté n'est accordée que pour raison des meubles et conquêts qui proviendront des revenus et facultés d'iceulx futurs » (1). Quant aux biens que chacun des époux pourra recueillir à titre gratuit ils ne manquent pas de stipuler que : « *tout ce qui adviendra auxdits seigneurs futurs époux, soit par succession ou don demeurera propre aux conjoints, à leurs enfants, et à ceux de leur estoc, au titre de constitution de dot* » (2).

Dans notre Coutume la pratique donnait fréquemment au régime matrimonial des époux l'organisation suivante. Le mari et la femme fixent la part d'apport mobilier que chacun d'eux entend mettre en communauté et chaque conjoint stipule que le surplus de

(1) C. de M. de Jehan de Thomassin et Loyse de Bourbon, 30 août 1588.

(2) C. de M. de Jehan de Thomassin et Loyse de Bourbon, 30 août 1588.

cet apport « demeurera propre à lui et aux siens de son côté et ligne ». Ils déclarent ensuite que tout ce qui adviendra à chacun d'eux pendant le mariage « par donation succession ou autrement lui demeurera propre au titre de constitution de dot ». On obtenait ainsi les deux résultats visés par les règles de notre Coutume et par les intentions des conjoints : d'une part organiser la communauté entre époux au moyen d'un apport mobilier, d'autre part conserver à chaque conjoint comme propre tout ce qui est exclu de cette communauté et ce qui peut lui parvenir au cours du mariage en vertu d'un titre personnel d'acquisition. Mais il faut bien observer que les conventions de mariage présentaient la plus grande variété par suite de la situation de fortune des conjoints, des désirs de leur famille et des parents qui, à l'occasion du mariage, leurs consentaient des libéralités.

Au cas où le patrimoine de l'un des conjoints avait à répondre de lourds emprunts, les époux stipulaient que chacun d'eux acquitterait séparément les dettes qui grevaient la fortune personnelle au moment du contrat de mariage. Pour que cette clause produisit son effet à l'égard des créanciers, il devait être pressé un inventaire constatant la fortune mobilière des époux. La femme n'avait pas à répondre des dettes mêmes de celles qui étaient tombées dans la communauté, au cours du mariage, lorsque le contrat de

mariage portait la clause assez fréquente connue dans notre droit sous le nom de forfait de communauté.

En pareil cas, la femme était assurée de n'avoir pas à répondre des dettes et de toucher à la dissolution de la communauté, la somme qui avait été convenue dans le contrat de mariage. Et cette somme lui était due même au cas où la société conjugale ne pourrait pas la fournir et où elle devait être recouvrée sur les biens personnels du mari.

Une clause usuelle dans les contrats de mariage mentionne la volonté des époux de maintenir au survivant d'entre eux la jouissance des biens communs.

Cette jouissance qui portait quelquefois sur tous les biens des époux communs ou propres s'éteignait à la mort du conjoint qui avait survécu. Pour la femme, elle se combinait avec le douaire et lui procurait une situation très avantageuse.

Les conjoints prévoyaient également dans leur contrat l'éventualité d'une communauté désavantageuse, et voulant éviter à la femme la perte de son apport ou cas de renonciation, ils inséraient la clause qui suit : « *Et y renonçant, elle retirera franchement et quittement de toutes dettes susdicte dot mobilière et possessions immobilières avec tout ce qui lui sera eschu par succession, donation, bienfaits ou autrement* (1). » Nous pourrions encore signaler d'autres

(1) Voir Pièces justificatives. N° 2.

clauses originales, mais d'un usage moins fréquent : il nous a paru suffisant d'indiquer les plus importantes de ces stipulations pour montrer la tendance des époux dans leurs contrats de mariage.

Le but que la plupart de ces conventions matrimoniales veulent atteindre est bien celui d'organiser la société conjugale au moyen d'un apport restreint et étroitement limité. Cette société peut prospérer pendant le mariage et les bénéfices en seront alors normalement partagés.

Mais les époux organisaient leur régime matrimonial surtout en prévision d'une gestion malheureuse de l'association conjugale. Il importait alors de soustraire les biens de la femme à une situation désavantageuse dont elle n'était pas responsable. C'est à ce but que tendent les diverses clauses que nous venons d'examiner et spécialement celles de séparation de dettes, de forfait de communauté de reprise d'apport franc et quitte au cas de renonciation. Enfin, il était de toute nécessité, d'après notre tendance coutumière, de ne pas livrer les biens propres de chaque époux aux hasards des partages de communauté. De là l'origine de la stipulation de la seule communauté d'acquêts, des clauses d'emploi de deniers dotaux et de remploi des propres aliénés.

Les usages de notre Coutume sont arrivés ainsi à déformer progressivement la notion primitive de notre communauté conjugale. Sans doute, le but de

la grande majorité de nos conventions matrimoniales n'est point la suppression de cette association des époux : mais la tendance générale qui s'en dégage est celle d'un amoindrissement considérable de l'étendue et des conséquences de la communauté légale.

CHAPITRE III

LE DOUAIRE

Dans le régime que notre Coutume organise en vue de l'association conjugale, elle s'est montrée infiniment soucieuse d'assurer la protection des intérêts de la femme mariée. Notre Coutume ne se montrera pas moins favorable à l'épouse devenue veuve. Sous forme de « douaire » elle lui assurera les revenus nécessaires au maintien de la condition que son mari lui avait procurée pendant leur union.

Le douaire est acquis à la femme par la seule célébration du mariage : « *Douaire coutumier et conventionnel a lieu et échet après le trépas du mari, le mariage fait par paroles de présent et est éteint et fini par le trépas de la femme* (1) ».

Notre Coutume n'exigeait donc pas la consommation du mariage comme celle de Bretagne pour que la femme voit s'ouvrir son droit au douaire.

(1) Art. 249.

La mort naturelle de l'époux est la seule circonstance qui donne ouverture au douaire. La mort civile ou la confiscation des biens du mari, un jugement de séparation de biens permettraient seulement à la femme de demander une pension alimentaire sur les biens de son époux.

Dans notre Coutume, le douaire légal consiste dans la jouissance de la moitié de tous les biens dont le mari est propriétaire au jour de son décès. Il n'y a d'exception que pour les conquêts, et, cette exception est fondée sur le motif que l'épouse, au jour du trépas de son époux, devient propriétaire de la moitié des biens communs : » *La femme est douée après le trépas de son mari de la moitié de tous les héritages que le mari a le jour de son trépas mouvans de son estoc et autres dont il est mort vêtu et saisi, excepté des conquêts auxquels ladite femme ne prend aucun douaire parce qu'elle en a la moitié.* » Au cas où les époux auraient, par une clause de leur contrat, rejeté la communauté, la veuve serait en droit de faire porter son douaire sur les acquêts faits durant le mariage (1).

C'est la remarque que tous nos commentateurs ont fait après Dumoulin sous notre article 250 (2).

(1) Art. 250.

(2) *Secus ergo si non est communis quod est verum si non est communis ab initio quo derogatur Societati, secus si non*

Dans une autre hypothèse, la veuve aura droit à la jouissance de la moitié de la part des biens communs appartenant aux héritiers du mari. Cette situation est prévue par notre article 256 : « En contrat de mariage auquel il n'y a convention de douaire préfix, si le mari ne laisse aucun propre héritage par son trépas, la femme aura en usufruit la moitié des meubles et conquêts avenans aux héritiers du trépassé qui est le quart du total *deducto ære alieno*, en payant les charges dues à cause dudit conquêt pour ladite portion. » Cette disposition n'est pas absolument spéciale à notre Coutume. En effet, la Coutume d'Orléans, dans son article 221, donne une décision semblable à la nôtre, relativement aux conquêts, et elle ajoute : « *S'il n'y a conquets, aura la quatre partie des meubles de la portion des héritiers du trépassé à perpétuité les dettes déduites.* »

C'était une pensée de généreuse prévoyance pour la veuve qui avait fait organiser par ces Coutumes, ce douaire légal subsidiaire (1). Nous remarquerons, d'ailleurs, que notre Coutume se montre très large en fixant l'usufruit de la douairière à la moitié de tous les

est communis, quia videre remuntiat; non enim doarium augetur, quia semel ab initio limitatum fuit.

(1) Guy Coquille disait qu'il était juste d'étendre la disposition de notre art. 256 aux Coutumes analogues qui n'en ont point de semblables, afin que la veuve ne demeure sans douaire qui est l'Honneur d'une femme.

immeubles dont le mari est propriétaire au jour du décès. De plus, notre Coutume laissait toute latitude aux conjoints pour augmenter cette quotité.

Mais, en Bourbonnais, le douaire coutumier n'est jamais, pour la veuve, qu'un droit d'usufruit qui s'éteint à sa mort. Notre article 249 le dit en termes exprès : « est éteint et fini par le trépas de la femme ».

Le douaire des enfants n'existe pas dans notre Coutume. Il était, au contraire, organisé par les Coutumes de Paris et de Nivernais. Dans ces Coutumes, les enfants acquièrent la propriété des biens dont leur mère a la jouissance (1). Leur droit est antérieur au décès du père et rend, en conséquence, inaliénables les biens sur lesquels porte leur douaire.

A l'exemple de beaucoup d'autres pays coutumiers (2), le Bourbonnais ne connaissait pas de douaire organisé en faveur des enfants.

La veuve a la saisine de son douaire : la disposition finale de l'article 250 de notre Coutume nous l'indique : « est saisie ladite femme et en possession du dit douaire soit coutumier ou conventionnel après le trépas de son mari ». La veuve n'est pas astreinte par notre Coutume à faire dresser un procès-verbal des

(1) *Coutume de Paris*, art. 249 et suivants, *Coutume de Nivernais*, ch. xxxiv, a. 8.

(2) Orléans, art. 220. Poitou, art. 257. Berry, Titre de Douaire, art. 14.

immeubles sur lesquels va porter son douaire, au moment de son entrée en jouissance.

Mais nos commentateurs nous déclarent que la Jurisprudence de notre province obligeait les douairières à la confection de cet état des lieux (1).

Au point de vue du mode de jouissance, la veuve douairière est assimilée à un usufruitier.

C'est la remarque de nos commentateurs sous notre article 263 qui s'exprime ainsi : « La femme prend son douaire en l'état qu'elle le trouve après le trépas de son mari, soit garni de fruits, ou non, et aussi le laisse à l'héritier de son mari en l'état qu'il est à l'heure de son trépas, sans rien récompenser, tant d'une part que d'autre des impenses et labeurs faits pour les fruits dudit douaire ».

Comme tout usufruitier, elle est tenue à la conservation des choses dont elle a la jouissance : selon la formule, elle doit en user modérément, en bonne mère de famille. A ce titre, elle doit faire les réparations d'entretien qui sont indiquées par notre Coutume : « La femme est tenue d'entretenir son douaire en l'état qu'elle l'a trouvé et aussi l'entretenir de clôtures, couvertures, huis, planchers, fenêtres et autres menues réparations. » Quant aux réparations impor-

(1) Art. 253 et Note d'A. des Pommiers et Rouyer, sous cet article.

(2) Art. 252.

tantes, elles sont à la charge du propriétaire et notre Jurisprudence avait décidé avec raison que la douairière pouvait obliger les héritiers du mari à en supporter les frais. Le texte de l'article 252 *in fine* ne laisse d'ailleurs aucun doute à cet égard : « *Le propriétaire doit fournir les fondements, murs, poutres, chevrons et autres choses qui sont communément de plus longue durée que la vie d'un homme.* » Mais si les immeubles sujets au douaire étaient tombés en ruine, ou s'ils avaient été détruits par un cas fortuit, la douairière ne pouvait pas forcer les héritiers du mari à les reconstruire.

Notre Jurisprudence, conforme en la matière à celle du Parlement de Paris, était formelle à cet égard (1).

La veuve qui négligeait l'entretien de son douaire ou qui commettait des dégradations importantes pouvait être poursuivie en dommages-intérêts par les héritiers du mari (2). La veuve douairière aurait pu être tentée de s'arroger sur les biens formant l'assiette du douaire, des pouvoirs dont l'exercice est réservé au propriétaire seul. Notre Coutume avait prévu plusieurs cas de ce genre dans son article 264 : « *Douai-*

(1) Rouyer et A. des Pommiers, art. 252.

(2) Art. 263, *in fine* : « S'il y avait détérioration, l'Héritier devint constituant en action contre l'Héritier de la dite dournière pour cet être récompensé. Note d'A des Pommiers.

rière qui vend ou aliène aucune chose dudit douaire à perpétuité, qui coupe ou abat les arbres fruitiers ou marmeux, ou les gros bois qui ne le furent depuis trente ans, doit perdre son douaire en la chose en laquelle elle a malversé ». La sanction sévère donnée par notre article à ces abus de pouvoir de la part de la femme devait être suffisante pour l'empêcher d'outrepasser ces droits. Ces fautes de la douairière sont les seules causes prévues par un texte de notre Coutume, comme capables d'entraîner pour elle la perte de son douaire.

Nos auteurs et notre Jurisprudence admettaient cependant que certaines fautes d'un tout autre genre avaient pour conséquence de priver la femme de son douaire. Il en était ainsi lorsque la femme avait été convaincue d'adultère sur les poursuites de son mari. Les héritiers du mari n'étaient pas admis à soutenir une pareille accusation contre la femme devenue veuve ; ils auraient cependant pu continuer les poursuites engagées par le mari. Dans les pays de droit écrit la veuve qui se remariait dans l'année du deuil était privée de son douaire. La Jurisprudence du Parlement de Paris en décidait ainsi contrairement à la nôtre, qui, maintenant en pareil cas le douaire à la veuve (1).

(1) Un arrêt avait cependant privé la femme de son douaire pour s'être remariée trois jours après la mort de

La femme pouvait également se voir priver de son douaire au cas de supposition de part et au cas où elle aurait abandonné son mari. Nous nous bornons à indiquer les cas les moins discutés dans lesquels la Jurisprudence s'était prononcée et avait conclu à la privation du douaire. Elle était plus hésitante dans d'autres hypothèses, et notre commentateur nous déclare que : « S'il est des cas où les magistrats font fléchir la rigueur de la loi en faveur des douairières, il en est aussi où ils la font exécuter dans toute sa sévérité (1). »

Douaire conventionnel. — Le douaire préfix ou conventionnel était celui que les époux avaient eux-mêmes fixé dans leur contrat de mariage. Le douaire conventionnel était autorisé par notre Coutume et il tenait lieu de coutumier ; l'article 250 ajoute, en effet, après avoir déterminé l'assiette du douaire coutumier : « Sinon qu'en traitant le mariage, fut convenu de douaire préfix ou conventionnel, auquel cas cesse ledit douaire coutumier. »

D'après le droit commun des pays coutumiers, il était toujours permis aux époux de réduire à une quotité inférieure, la part de jouissance que les diffé-

son mari. Mais A. des Pommiers nous cite cet arrêt comme exceptionnel dans notre Jurisprudence, page 420.

(1) Rouyer, page 254.

rentes Coutumes accordaient aux douairières sur les biens du mari.

Augmenter le douaire coutumier n'était pas toujours permis ; notre voisine la Coutume de Nivernais en faisait défense expresse aux époux. Notre Coutume s'était montrée plus généreuse pour la femme qui, par contrat de mariage, pouvait recevoir un douaire supérieur à celui déjà considérable que lui accordait notre Coutume. Les époux pouvaient également convenir d'une somme qui serait versée à la femme au décès du mari et qui lui tiendrait lieu de douaire.

Les conjoints supprimaient en pareil cas, les difficultés que pouvait faire naître l'exercice du droit d'usufruit de la femme sur les propres de son mari. Notre Coutume déclare que la somme ainsi promise à la femme lui demeure comme un bien propre : « Douaire d'une somme de deniers pour une fois promis à une femme en son contrat de mariage, demeure à ladite femme, sans restitution aux héritiers du mari, après le trépas de ladite femme (1). » La largesse du mari à l'égard de sa femme devait cependant recevoir limitation. Il n'était pas permis aux époux de porter atteinte à la légitime des enfants ou d'enfreindre les dispositions de l'Edit de seconde nocés en stipulant sous forme de douaire conven-

(1) Art. 255.

tionnel une libéralité qui dépassât les limites que ces règles avaient tracées.

Au cas où les époux auraient assuré au survivant la libéralité connue sous le nom de Don mutuel, la veuve prendra son douaire conventionnel sur les autres biens du mari. Le douaire coutumier n'est pas compris dans le don mutuel et comme le douaire préfix remplaçait le coutumier, comme lui, il se prélève sur les biens du mari.

Notre Coutume considérait donc comme bien propre à la veuve la somme qui devait lui être versée pour lui tenir lieu de douaire. Nos voisins les Coutumes de Berry et de Nivernais présumaient, au contraire, qu'une pareille somme constituait à la veuve un simple droit d'usufruit, et, elles décidaient par suite que cette somme devait au décès de la veuve, retourner aux héritiers du mari (1) : La pratique courante des conventions des époux relatives au douaire avaient trouvé un autre système qui répondait parfaitement au but que se proposait l'institution du douaire. L'usufruit de la douairière était remplacée par une pension annuelle que les héritiers du mari servaient à la veuve jusqu'à sa mort : « *Sera icelle future dhouée audict cas de survye avec enffans de la somme de six vingt livres. Et sans enfans et tant*

(1) Nivernais, Titres des Douaires, art. 3. Berry, Titres de Douaires, art. 15.

qu'il n'y en aura de la somme de neuf vingt livres. Et sans enfans et tant qu'il n'y en aura de la somme de neuf vingt livres. Le tout par chascun au et sa vie durant avec convention que ou en cas d'enfans, la future convolle, en faveur desdits enfans le dhouaire demeurera suspendu pendant ledict convol pour être repris par la femme revenant en viduite sans arrérages du passé (1). »

Ainsi qu'il est stipulé dans le contrat de mariage dont nous venons de transcrire la clause relative au douaire, cette pension versée par les héritiers du mari à la veuve était d'ordinaire fixée à un chiffre beaucoup plus élevée lorsqu'il n'y avait pas d'enfans du mariage. Dans beaucoup de contrats, cette rente devait s'éteindre au cas de convol de la veuve : dans celui que nous venons de citer, elle est seulement suspendue pendant la durée du convol. Dans d'autres et, toujours dans la même hypothèse, la pension versée à la femme était réduite à une somme inférieure à celle qu'elle recevrait si elle avait observé le veuvage.

Très souvent aussi, le mari tenait à assurer à son épouse la jouissance de l'habitation qu'ils avaient occupée pendant leur mariage. De là cette stipulation fréquente dans nos contrats de mariage : « *Et tant que ladite future demeurera en veuvage elle aura son*

(1) Pièces justificatives, N° 2.

habitation en la maison que le futur aura en cette ville de Moulins lors de son décès... (1) La ditte habitation finye par le décès d'icelle ou convol ou aultres nopces ». Notre Coutume prévoyant le cas où le mari posséderait plusieurs habitations au moment de son décès, assurait à la veuve la jouissance d'une de ces habitations.

« Et si le mari avait plusieurs châteaux ou maisons, l'héritier aura et prendra le chatel ou maison qu'il lui plaira et la veuve l'autre sinon qu'autrement fut convenu. »

Les conjoints cherchaient donc à donner à la veuve les moyens de vivre honorablement selon sa condition. Dans ce but, ils lui maintenaient l'habitation où elle avait passé le temps du mariage, et ils lui assuraient des revenus en proportion de leur fortune. Le douaire conventionnel de notre Province donnait donc comme le coutumier toute satisfaction aux besoins de la veuve. Il avait sur le coutumier l'avantage de soustraire la veuve aux obligations et aux inconvénients qu'entraînait pour elle l'exercice de son droit d'usufruit. De plus, les héritiers du mari recueillaient un patrimoine libre et dans la majorité des cas, ils étaient plus aptes à faire fructifier ces biens qu'une femme souvent âgée. Aussi, les contrats de mariage ne manquent jamais de s'expliquer lon-

(1) Pièces justificatives.

guement sur l'organisation que les conjoints entendent donner au douaire de la veuve. Beaucoup d'entre eux accordaient expressément à la veuve le choix entre le douaire coutumier et ce douaire conventionnel.

Nous pouvons donc dire que les conventions des conjoints s'appliquaient à donner au douaire un caractère éminemment pratique dans un sens très favorable à l'épouse.

Avec une telle organisation, les époux assuraient à chacun de leurs héritiers la libre dévolution de leurs héritages, et, en même temps, ils atteignaient le but utilitaire que notre droit coutumier s'était proposé en créant pour la veuve cette belle institution du douaire.

Autres gains de survie et préciput conventionnel.

Dans notre Province de Bourbonnais, les conventions matrimoniales des époux se montraient prodigues en matière de gains de survie. En dehors de son douaire, beaucoup de contrats de mariage assuraient à la femme survivante un autre gain qui est désigné soit sous l'appellation d'augment de dot, soit d'augmentation de douaire ; soit plus simplement de gain de survie. Dans le contrat de mariage de Jehan de Thomassin et de Loyse de Bourbon passé en 1588, les conjoints stipulent : « par forme d'augmentation de douaire pension annuelle à ladite demoiselle

future espouze présente et acceptante la somme de cent trente-trois escuz de rente tant qu'elle demeurera en viduité. » Mais, ce gain de survie n'est pas toujours convenu en faveur de l'épouse seule : souvent il est réciproque comme nous allons le voir dans l'exemple que nous citons plus loin. Dans certains contrats les époux font dépendre l'ouverture de ce gain de la réalisation d'une condition déterminée. Ils décident fréquemment que le survivant des époux ne pourra le réclamer qu'au cas où il n'y aurait pas d'enfants issus du mariage. Si c'est l'épouse qui survit, beaucoup de contrats stipulent que le droit de la veuve à un pareil gain est subordonné à sa renonciation à la communauté. Il en est ainsi dans le contrat de mariage de Jehan Gravier, et de demoiselle Anne Tallon (1). « Aura la future pour augment et gain de survye pour une fois la somme de neuf cent livres et en jouira en viduité seulement et audict cas de non enfans et de renonciation à la communauté. » Dans ce contrat de mariage, c'est la femme seule qui, au cas de survie, doit bénéficier du gain convenu. Dans le suivant, ce gain est réciproque et les conjoints décident : « *Que le survivant d'eux gagera sur les biens du prémourant par forme de gain de survye la jouissance de la somme de six mil six cent soixante-six escus durant sa vye seulement et pour laquelle jouis-*

(1) Pièces justificatives, N° 2.

sance sera faite audit survivant par les héritiers du prémourant la rente de ladite somme à raison du dernier quinze (1). »

Et dans la plupart des contrats de notre ancien Bourbonnais, nous retrouvons des clauses prévoyant ce gain de survie d'un genre particulier.

Notre Coutume n'organisait pas de préciput légal en faveur du survivant des époux. En Bourbonnais, nous n'avons pas de disposition qui se rapproche de celle que nous rencontrons dans la Coutume de Berry, et, qui crée un véritable préciput en faveur des seuls époux nobles (2). Mais dans les contrats, nous rencontrons ordinairement les clauses qui suivent : « *Et où il y aura enfans, au cas de partage avec eux, ledit futur aura par préciput ses habits, linges, armes et chevaux... Et ladite future aura en préciput et avantage ses habits, bagues et joyaux en l'état qu'elles se trouveront lors du décès des futurs* (3). »

Cet usage d'un pareil préciput existait aussi bien dans les familles roturières que dans les familles nobles. Il n'est point d'ailleurs particulier à notre province, on le rencontrait dans la généralité de la pratique coutumière.

(2) C. de Mariage de Cezard de Bourbon et Louise de Montmorillon.

(1) *Coutume de Berry*, Titre VIII, art. 13.

(3) Voir Pièces justificatives, N° 2.

CHAPITRE IV

LIBÉRALITÉS ENTRE ÉPOUX

Dons du futur à l'autre par contrat de mariage.

Nous avons déjà signalé la faveur que notre Coutume réservait aux conventions qui étaient insérées dans le contrat de mariage. La seule lecture de notre article 219 peut nous en convaincre : « *Toutes donations, conventions, avantages, institutions d'héritiers et autres choses faites en contrat de mariage en faveur d'icelui, au profit et utilité des mariez, de l'un d'eux ou des descendants dudit mariage, le mariage fait par paroles de présent sont bonnes et valables en quelque forme qu'elles soient faites, « etiam » en donnant et retenant (1). »*

Les donations universelles de biens présents et à venir et les donations qui étaient contraires à la règle

(1) Auvergne, t. 14, art. 26 et Marche, art. 296, avaient même disposition.

du droit coutumier : « Donner et retenir ne vaut » avaient été interdites expressément par notre Coutume dans ses articles 210 et 212. Mais notre article 219 vient apporter en faveur du contrat de mariage une exception importante à ces prohibitions. Sa disposition donne validité aux donations universelles et aux institutions contractuelles qui seront contenus dans cet acte.

Notre Coutume dans le but de favoriser les mariages, a voulu laisser une grande latitude aux personnes, parents ou amis des futurs conjoints qui sont disposés à leur consentir des libéralités en vue de leur mariage. Elle tenait également à laisser aux conjoints toute faculté de décider eux-mêmes des conditions pécuniaires de leur union. Et dans cette intention, elle leur accorde pleine liberté pour fixer, dans leur contrat de mariage les libéralités qu'ils désireront stipuler à l'égard l'un de l'autre. Ce droit leur est reconnu par l'article 226 de notre Coutume. Après avoir posé le principe qu'il est interdit aux époux de se consentir l'un à l'autre des libéralités par un acte quelconque, notre article ajoute : « si ce n'est en contrat de mariage ou contrat de don mutuel. »

Les donations que les époux se feront par contrat de mariage seront donc valables mais à la condition de respecter la légitime qui était due aux enfants (1).

(1) Et à partir de 1560 les dispositions de l'édit de secondes noces.

Dans notre Coutume, la quotité de la légitime se réglait suivant la décision de l'authentique de Triente et Semisse, en proportion du nombre des enfants (1).

En dehors de ces limitations, la liberté de disposition des époux en faveur l'un de l'autre pouvait s'exercer sans entraves dans leur contrat de mariage. Auroux des Pommiers constate toute la latitude qui est laissée aux « conjoints et il ajoute que leurs conventions ne doivent point blesser la bienséance publique ou tenter d'éluder quelque loi prohibitive (2). » Telles seraient les clauses qui ménageraient aux époux les moyens de s'avantager durant mariage.

Donations entre époux pendant le mariage.

Notre Coutume en établit la défense absolue dans son article 226 déjà cité : « Le mari durant le mariage, ne peut faire aucune association, donation ou autre contrat avec la femme, enfans de ladite femme d'autre lit, ni autres, esquels elle doive ou puisse succéder immédiate ; *nec e contra* la femme au mari, à ses enfans, ou autres esquels le mari doive succéder immédiate, supposé que lesdits contrats soient validez par

(1) *Quatuor aut infra dant natis Jure Trientem semissem vero dant natis quinque vel ultra* (Ancienne Coutume de Bourbonnais, Titre V, art. 1^{er}).

(2) A. des Pommiers, page.

serment, si ce n'est en contrat de mariage ou contrat de don mutuel d'entre le mari et la femme, selon que sera dit ci-après ». Les Coutumes de Nivernais et de la Marche (1) contiennent des dispositions semblables à celle de notre Coutume.

Comme la nôtre, ces Coutumes défendent seulement aux conjoints de s'avantager au moyen de dispositions entre vifs : les donations testamentaires restent permises aux époux. Pour le Bourbonnais, la disposition de notre article 226 (2) s'éclaire par la décision correspondante de l'Ancienne Coutume. L'article 4 du titre V de l'Ancienne Coutume de notre Province décidait : « Que le mari ne peut donner rien à sa femme, ni la femme au mari, soit par donation entre vifs, par testament, légat ou autrement. » Les derniers mots de cette article n'ont pas été reproduits dans la seconde rédaction de notre Coutume et nos commentateurs nous disent que « les Etats dans le temps de la correction de la Coutume ont eu la volonté de laisser au mari et à la femme la liberté de se faire des donations et legs testamentaires (3). » Dans le chapitre « des testaments » notre Coutume ne défend d'ailleurs pas aux conjoints de tester l'un en fa-

(2) Nivernais, ch. xxiii, art. 27, Marche. art. 290.

(1) Note de Dumoulin sur notre article : *Sed non prohibetur legare.*

(3) Voyez Merudel dans A. des Pommiers, page 334.

veur de l'autre. Les Coutumes de Paris, d'Orléans et du Berry (1) enlevaient, au contraire, aux époux ce moyen de s'avantager : elles déployaient donc une sévérité beaucoup plus rigoureuse que la nôtre.

La Coutume d'Auvergne présentait au point de vue des libéralités entre époux une décision très spéciale. Le mari pouvait disposer en faveur de son épouse de la totalité de ses biens même pendant le mariage. La disposition de l'art. 39 du titre XIV de la Coutume d'Auvergne est formelle. L'article 9 du même titre interdit par contre à la femme toute libéralité à l'égard de son mari. On peut trouver que cette Coutume a poussé un peu trop loin la crainte des abus d'influence du mari sur la volonté de son épouse. Le don mutuel et les donations testamentaires mises à part, la prohibition, faite par notre Coutume aux époux de s'avantager d'une façon directe ou déguisée, était absolue. Elle s'étendait aux conventions, aux arrangements conclus entre eux et qui étaient susceptibles de contenir une libéralité indirecte pour l'un des époux. La question de savoir si telle convention entre époux constituait une atteinte à la prohibition des avantages durant mariage, donnait lieu à de fréquentes décisions de jurisprudence et, aussi à de vives controverses entre nos auteurs coutumiers (2). »

(1) Paris, art. 262, Orléans, art. 280, Berry, Titre VIII, art. 1.

(2) Auroux des Pommiers, pages 334 et suivantes.

La prohibition de notre Coutume entraînait également pour les époux la défense de se servir d'une tierce personne d'un de leurs enfants, par exemple, pour faire parvenir à l'un d'entre eux le bénéfice de la libéralité.

La Jurisprudence de notre Province n'avait point adopté la Jurisprudence du Parlement de Paris fondée sur l'article 283 de cette coutume (1). En vertu de cette disposition, les arrêts avaient cru devoir autoriser celui des époux qui n'a point d'enfants à consentir une libéralité aux enfants de l'autre conjoint. Mais cette Jurisprudence ne pouvait pas s'introduire dans notre Coutume à raison de la disposition de notre article 226, dont le texte est formel et interdit toute donation non seulement entre les époux eux-mêmes mais aussi à l'égard de leurs enfants.

Quant aux exceptions apportées par notre Coutume à cette prohibition de droit commun en pays coutumier, nous en avons rencontré deux dans les libéralités insérées dans le contrat de mariage et dans celles contenues dans un acte de dernière volonté. Il nous reste à examiner la troisième exception qui est prévue par la disposition finale de

(1) « Ne peuvent lesdits conjoints donner aux enfans l'un de l'autre d'un premier mariage; au cas qu'ils ou l'un d'eux aient eufans. »

notre article 226, et nous sommes ainsi amenés à étudier l'organisation du don mutuel.

Le Don Mutuel.

Le Don Mutuel est une convention faite entre mari et femme dans laquelle ils décident que le survivant d'entre eux jouira, sa vie durant, de la part des biens communs qui appartient aux héritiers du prédécédé. Le don mutuel est par essence une libéralité réciproque et incertaine. En raison de ce caractère destiné à la rendre particulièrement favorable aux yeux de la loi et des conjoints, le droit coutumier avait admis la validité de cette donation mutuelle entre époux. Son organisation est réglée par notre Coutume dans son article 127. « Donation mutuelle faite entre le mari et la femme de leurs meubles et conquêts immeubles est bonne et valable, et par vertu d'icelle le survivant jouira par usufruit desdits meubles et conquêts; il en sera saisi incontinent après le décès du premier mourant pourvu qu'il n'y ait aucun enfans et qu'après icelle les donans mutuellement vivent l'espace de quarante jours, et autrement ladite donation est nulle et de nul effet. » Les Coutumes de Paris, et d'Orléans (1) présentent

(1) Orléans, art. 281, Paris, 280. Auvergne ne connaissait pas le Don Mutuel.

des dispositions analogues à celles de Bourbonnais.

La donation mutuelle, dans notre Coutume et dans le droit commun coutumier était une donation réciproque de l'usufruit des biens communs : une donation de tout ou partie de ces biens en propriété n'aurait pas été valable.

La coutume de Nivernais permet, au contraire, la donation mutuelle de la pleine propriété des meubles et des conquêts ; et elle autorise en outre les conjoints à convertir une donation réciproque de l'usufruit de leurs biens propres jusqu'à concurrence de la fortune de l'époux qui est reconnue inférieure à celle de l'autre conjoint (1).

Dans notre Coutume, une question, qui avait divisé nos jurisconsultes, s'était posé, au cas où la femme renonçant à la communauté acceptait le don mutuel. Il s'agissait de décider si on allait accorder à la femme renonçante la jouissance de tous les biens communs ou seulement de la moitié. Les arrêts avaient tranché la question en faveur de la femme en l'autorisant à jouir de tous les biens de la communauté (2).

Notre Coutume soumet la validité du don mutuel

(1) *Coutume de Nivernais*, chapitre xxiii, art. 27. La Coutume de Berry permettait aux conjoints de se donner l'usufruit de tous les conquêts et le tiers des meubles en pleine propriété, Berry, titre VIII, art. 3.

(2) A. des Pommiers, page 340.

à des conditions qui sont, en général, exigées par le droit commun coutumier. Le don mutuel doit être réciproque et égal : c'est une condition qui découle du caractère même de cette libéralité. Notre Coutume ne se montrait cependant pas aussi exigeante que notre voisine de Nivernais qui demandait l'égalité d'âge des conjoints « ou tout au moins que l'un ne soit âgé de dix ans plus que l'autre ».

Notre article 227 demande pour la validité du don mutuel qu'il n'y ait point d'enfans des deux conjoints au moment du décès du prémourant.

C'est également la disposition de la Coutume de Paris dans son article 280 et de beaucoup d'autres Coutumes. Au moment du décès de l'un des époux, il ne devait donc pas exister d'enfans, soit du mariage qui vient de se dissoudre, soit d'une union précédente. Dumoulin et tous nos commentateurs en font la remarque sur notre article 227 (1). Mais si les enfans sont morts avant le décès de l'un des époux, le don mutuel sera valable, bien qu'ils aient existé au moment où la donation a été contractée.

Cette condition n'était pas exigée par l'Ancienne Coutume ; elle a été ajoutée au moment de la Seconde Rédaction et a été observée depuis.

La coutume de Paris dans son article 280 demande

(1) Dumoulin sur notre article : *Ex quocunque matrimonio vel alterius tantum*. A. des Pommiers, pages 341 et s.

seulement que les conjoints soient « en santé » au moment où le don mutuel était constitué.

Le don mutuel est irrévocable en ce sens que la donation, valablement conclue, ne peut être révoquée par un seul des conjoints même avant l'insinuation. Telle était l'interprétation que la Jurisprudence et les auteurs avaient donné à l'article 229 de notre coutume : « Donation mutuelle ne peut être révoquée par l'une des parties sans le consentement de l'autre. » Dans la coutume de Paris, l'article 284 permettait à un seul des conjoints de révoquer la donation mutuelle jusqu'au moment de l'insinuation. Mais en Bourbonnais, comme dans tout le droit coutumier, les conjoints pouvaient, par leur mutuel consentement, révoquer la donation : leur renonciation réciproque au bénéfice du don mutuel enlève tout effet à la disposition.

Pour la validité de cette renonciation, notre Coutume exigeait une condition semblable à celle qu'elle requiert pour la constitution du don mutuel. Les conjoints devaient survivre l'un et l'autre quarante jours après l'avoir faite. Il y avait cependant un moyen pour les parents qui avaient des enfants de se réserver l'assurance de la validité du don mutuel pour le survivant d'entre eux. Au moment du mariage de leurs enfants, les parents qui leur consentaient des libéralités pouvait convenir avec eux que la jouissance des biens communs

du prédécédé resterait au survivant d'entre eux.

Cette convention était parfaitement valable à la seule condition d'être répétée au moment du mariage de chacun de leurs enfants. Et les contrats de mariage sont là pour nous témoigner combien était fréquente cette pratique qui permettait aux époux d'assurer au survivant la jouissance des effets de la communauté, malgré la présence d'enfants. Si le conjoint survivant se remariait, il perdait son usufruit : Telle était la décision de l'article 281 de la Coutume de Paris qui avait été étendue à notre Coutume par notre Jurisprudence (1).

Notre Coutume requiert toujours dans l'article 227 que les conjoints survivent au moins pendant quarante jours à la constitution de leur libéralité réciproque (2).

Au décès du prémourant, le donataire qui accepte est mis en possession des biens qui forment l'assiette du don mutuel. Il paiera les dettes communes, les frais funéraires, les frais d'inventaire et de liquidation : « Le survivant jouissant du don mutuel est tenu de payer sur tous lesdits meubles et conquêts, les dettes qui étaient communes à l'heure du trépas du premier décédé, les obsèques et funérailles, et dé-

(1) A. des Pommiers, page 340.

(2) *La Coutume de Berry* contient une dissolution semblable, titre VIII, art. 3, *in fine*.

livrer les legs mobilières contenus au testament, en ordonnance de dernière volonté d'icelui (1). » Mais ces dettes et ces frais constituent une simple avance qui sera précomptée sur les effets de la communauté au moment de la restitution du don mutuel aux héritiers du prédécédé (2). On les désigne sous le nom de « charges du don mutuel » : il est, en effet, équitable que le donataire les supporte, en compensation de la jouissance dont il va bénéficier.

Les articles 230 et 231 de notre coutume exigent que le donataire procède à l'inventaire et à l'estimation des biens sujets au don mutuel avant d'entrer en jouissance. Ils l'obligent également à fournir une caution fidejussoire : une caution juratoire ne serait point jugée suffisante.

« Le survivant des deux mariez qui ont fait don mutuel ensemble, est tenu incontinent et avant que soi immicer et s'en pouvoir dire saisi faire inventaire de biens meubles titres et enseignements des immeubles, faire priser lesdits meubles, et bailler caution fidejussoire aux héritiers du premier décédé, de rendre après sa mort la moitié desdits meubles et conquêts immeubles selon ladite prisee et estimation ».

(1) Art. 229.

(2) Art. 230 : « Sur laquelle prisee avant ladite restitution, sera premier distrait ce que monte la part des dettes du prédécédé avec les obsèques et funérailles. »

Notre coutume multiplie les précautions pour assurer le retour intégral aux héritiers du prédécédé, des biens qui ont servi d'assiette au don mutuel. Elle encourage les époux à céder au sentiment de générosité et de prévoyance, qui leur fait assurer au survivant une vie exempte de soucis matériels. Mais elle ne permet pas que les époux puissent se consentir, pendant le cours du mariage, des libéralités en toute propriété même par une donation mutuelle.

CONCLUSION

L'organisation donnée par notre Coutume au régime matrimonial des époux présente, dans son ensemble, la plus grande analogie avec le droit commun des pays coutumiers. Au cours de notre étude, nous avons cependant relevé quelques spécialités qui paraissent tenir au voisinage immédiat de notre Coutume avec le pays de droit écrit. Du contact avec cette législation, notre Coutume a rapporté ce caractère de formalisme particulièrement rigoureux qui préside au fonctionnement de l'autorisation maritale.

Dans l'organisation du régime de communauté, notre Coutume possède une tendance à limiter les effets du régime de communauté, mais dans un sens favorable à la femme. Nos règles coutumières et les conventions de nos contrats de mariage veulent, en effet, assurer à la femme le bénéfice qu'elle retirera du partage d'une bonne communauté. En même temps, elles s'efforcent de soustraire l'épouse aux risques et aux conséquences d'une mauvaise gestion.

Le douaire et les autres gains de survie assureront à la femme devenue veuve une jouissance souvent considérable. Et dans beaucoup de cas, les libéralités consenties en faveur de la femme seule ou réciproques comme dans le don mutuel procureront à la veuve une situation particulièrement avantageuse.

Les tendances de notre Coutume bourbonnaise s'affirment dans ce double but : d'une part protéger et favoriser l'épouse subordonnée au mari par, bonne discipline conjugale d'autre part, maintenir dans les souches familiales la conservation intégrale des biens propres à chaque conjoint. En répondant à ces deux aspirations généreuses et prudentes à la fois, notre Coutume a montré beaucoup de prévoyance et elle a témoigné d'une grande sagesse.

Ancienne coutume locale de Vichy, rédigée le 27 janvier 1495. Ses dispositions ont disparu dans la rédaction générale de notre Coutume en 1520.

Titre des Mariages et des Douaires.

Par la coutume tenue en la ville de Vichy, la femme n'a point de communauté avec le mary ; toutefois si le mari premeurt, la femme aura la moitié des meubles à elle et aux siens ; et outre elle aura la moitié des héritages dudit mary soient conquêts pa-

trimoniaux ou autres pour en jouir le cours de sa vie ou elle gagnera le tiers denier en montant de toute la somme de son dit mariage à son choix et par la coutume de ladite chastellenie, hors ladite ville, ladite femme gagnera le tiers, denier, si elle survit son mary, et en cas contraire, si le mary survit sa femme, il gagnera aussi le tiers en montant, qui est la moitié de ce que ladite femme a apporté.

Sur le (2) ladite coutume est notoirement tenue et gardée en ladite ville de Vichy, mais hors ladite ville non, pour ce que la femme ne gagne que le tiers denier, comme dit est cy dessus.

Sur le (3) par la Coutume de ladite Chatellenie, la femme ne peut rien vendre ne transporter, sinon qu'elle soit récompensée de son mary, d'autant que pourrait monter ce qu'elle avait vendu ou transporté et autrement non. Sur le (6) dient et déposent tous, que les femmes ne sont point douées par la Coutume gardée en ladite Chatellenie.

PIÈCES JUSTIFICATIVES

N^o 1 *Contrat de mariage de Parrecte Gravier et de Anthoine de la Rivière. — Passé à Vichy le 25 septembre 1483.*

A tous ceux qui ces présentes lettres verront et diront : Jehan de la Goutte conseiller de Très Excellent et puissant prince, Monseigneur le Duc de Bourbon et d'Auvergne salut.

Scavoir faisons que par devant notre anné et féol Jehan Mélisse clerc de ladicte chancellerie et le nostre... sont comparus personnellement establys Jehan de la Rivière, bourgeois de la ville de Vichy et Anthoine de La Rivière son fils, ledict fils procédant de son gré et licence dudict Jehan son père pour eulx et les leurs d'une partie.

Et Messire Anthoine Gravier presbtre et Daniel Gravier son frère ; ledict Daniel tant pour lui que comme prenant en mains et soy faisant, soit comme tuteur ordonné et institué pour Françoise Gravier

filles de feu Jehan Gravier et niepce desdits Messires Anthoine et Daniel Gravier de leur faire ratifier... Et Parrecte Gravyere leur sœur et enffan de feu Jehan Gravyer d'autre part.

Lesquelles parties de leur bon gré et bonne volontés, par le traité et moyen de plusieurs de leurs parents et amys, d'un cousté et d'autres ont fact traité et accordé entre eulx les contrault de mariages et aultres accords.

C'est assavoir que ledict Anthoine de la Rivière à ladicte contractante a promis et juré d'avoir et prendre pour femme et espouze ladicte Parrecte Gravyere. Et semblablement ladicte Parrecte Gravyere a promis et juré d'avoir à prendre pour mary et espoux ledict Anthoine de La Rivière si Dieu et Sainte mère Eglise à ce faire consentant et qu'il n'y ait empêchement canonique allant au contraire. En faveur et contemplation du mariage et pour iceluy faire et accomplir lesdicts Messire Anthoine Gravyer et Daniel Gravyer tant en son nom que comme tuteur de ladicte Françoisse Gravyère, ont donné et constitué en mariage à ladicte Parrecte Gravyere leur sœur et par elle audict Anthoine de la Rivière son espoux futur pour tout droit de père, mère, frères et sœurs c'est assavoir.

La somme de six cent livres tournois en monnoie aujourd'hui courant... un lict garny de coistre cussin, couverte de layne, quatre lynceulx, deux nap-

pes, douze serviettes. Parie, vêtue et habillée de deux robes, deux cottes, un chapperon lui et honorablement selon l'état des parties. Laquelle somme de six cent livres tournois lesdicts Gravyer audict nous ont promis et seront tenus faict esdicts mariés ou es lairs c'est assavoir : le jour des effroyables desdits mariés la somme de trois cent livres tournois, ensemble ledict lit garny, linceulx, nappes, serviettes, robes, cottes et chaperon et trois cens autres livres tournois c'est assavoir à Paques chamelles prochainement venant cent livres tournois à chacun autre Pasques ensemble la somme de cent livres tournois jusques à fin de paiement desdictes trois cent livres tournois.

Et par le moyen des choses dessus dictes données et constituées en dot à ladicte Parrecte Gravyère et par elle audict Anthoine de la Rivière, son époux futur, ladicte Parrecte Gravyer a quitté et renoncé par ces présentes à toute succession de lesdicts père et mère frères et sœurs au profit desdits Messires Anthoine et Daniel Gravyer et Françoise Gravyère leur niepce quand les cas y adviendra.

Et ce que pourra plus valoir la part et pocions de ladicte Parrecte Gravyère que de ladicte somme de six cent livres tournois et autre chose à elle données par sesdictes frères ; icelle Parrecte Gravyère a l'autorités de son dict espoux futur, pour les biens et agréables seraiens aurons faveurs et autres bienfaiz

par lesdicts frères et niepce et qu'elle espère que l'en lui ferait autres à l'advenir, par ses ductes présentes leur a donné ladicte plus value desdicts biens et succession de lesdicts père mère, frères et sœurs et d'icelle plus value en a saisiz et constituez sesdicts frères et niepce vrays seigneurs et maitres, aussy que de leur propre choses.

Et tout le surplus dont par ces présents contraulx n'est faicte expresse mention lesdictes parties ont voulu qu'il soit ordonnancé suivant les cas et coutumes du pais d'Auvergues. Car ainsi l'ont promis lesdictes parties de chacune d'icelle et autorité que dessus. Soulz l'obligation de tous leurs biens etc... Et ont juré aux Saintez Evangiles de Dieu manuellement touchées de tenir les choses dessus dictes, etc... En présence de Messire Roubert Mazuer presbtre, Guillaume Grans, Hugues Blanc, Philibert, Bataille, Roubert Béessard. Et donné le vingt cinquième jour de septembre l'an mil quatre cent quatre vingt trois.

N° 2 Contrat de mariage de noble Jehan Gravier et demoiselle Anne Tallon. — Passé à Moulins le 28 février 1628.

A tous ceux qui en présences tenus verront, noble Jean Belin, advocat au parlement et garde du sel Royal, Estably aux contextes du pais et Dubs de Boublonnais, sealut seavoir faisons que par devant

François Huilhard, notaire royal hereditaire à Moulins soubz signé. Pource personnellement estably noble François Gravier conseiller et receveur particulier des Gabelles au grenier à sel de Moulins et chambre de Vichy y demeurant, tout pour luy que prenant en mains pour honneste femme dame Peronnelle Bouchont sa femme, par laquelle il promet faire agréer et rattiffier les présentes et à son autorité, noble Jehan Gravier leur fils et advocat en la sénéchaussée de Bourbonnais demeurant en cette ville à Moulins d'une part.

Et damoiselle Marie Aubery veuve de noble Jehan Auguste Tallon docteur en médecine, et à son autorité damoiselle Anne Tallon sa fille et dudict defunct, assisté de noble Louis Tallon, aussy docteur en médecine son oncle paternel et curateur demeurant en cette dite ville de Moulins d'autre part.

Lesquels noble Jehan Gravier et demoiselle Anne Tallon en autorités et assistances que dessus de leurs bons grés volontés se sont promis prendre et vray et loyale mariage sellon les constitutions de notre mère Saint Eglise catholique, apostolique et romayne et ce quand l'unq par l'autre en sera requis.

Et le mariage faict et accompli seront les futurs conjointts commungs et personniers chascun pour moitié en tous biens meubles présents et adonné et conquestz immeubles qu'ils feront pendant leur mariage. Pour acquérir lequel droit ladicte damoizelle

Aubery tant en son nom que comme tutrice de ses enfans et dudict sieur deffunct son mary. Et en chacune des qualités solidairement a constitué en doct et mariage à ladicte damoizelle Anne Tallon sa fille et future la somme de dix mille livres tournois qu'elle promet luy payer ou pour elle à son futur... Au choix de ladicte future de se contenter de la somme de dix mil livres pour lesdittes succession franchement et quittement de toutes debtes ou de retourner en partage après le décès de ladicte mère avecq ses frère et sœur rapportant ou moingtes prenant et payant les charges desdittes successions à proportion, quoy que icelle future choisisse luy demeureront les successions de ses frères et sœur le cas échéant pour y prendre sa contingente pourtion après le décès de ladicte damoiselle mère de laquelle susdite doct de dix mil livres le tiers demeurera confondu en ladicte communauté et les aultres deux tiers tiendront lieu de propre à la future et aux siens employés ou non.

Le décès du futur arrivant avant celluy de la future y ayant enfans ou non, il sera à son choix de prendre la communauté ou y renoncer. Et y renonçant, elle retirera franchement et quittement de toutes debtes susdictes doct mobilière et possessans immobilières avec tout ce qui lui sera eschu par succession, donation, bienfaicts ou autrement. Et pour reengnoitre ce que sera subject à restitution, le futur le prendra pas

a inventaire selon qu'il escherra ung des plus proches parens de la future appelé.

La future aura en préciput et avantage ses habits, bagues et joyaux en l'estat qu'elles se trouveront lors du décès des futurs. Et où se s'en trouverait pour moins de huit cent livres, les héritiers des futurs seront tenus les parfaire jusques à la valeur desdites huit cents livres.

Sera icelle future dhouée audict cas du survye avec enfans de la somme de six vingt livres. Et sans enfans et tant qu'il n'y en aura de la somme de neuf vingt livres. Le tout par chascun au et sa vie durant avec convention que ou en cas d'enfans, la future convable, en faveur desdits enfans, le dhouaire demeurera suspendu pendant ledict convol pour être repris par la future revenant en viduité sans arrérages du passé. Et en jouira en viduité seulement et audict cas, de non enfans et de renonciation à la communauté, aura la future pour augment et gain de survye pour une fois la somme de neuf cents livres.

Et tant que ladicte future demeurera en veuvage, elle aura son habitation en la maison que le futur aura en cette ville de Moulins lors de son décès ou pour et au lieu de ladicte habitation la somme de soixante quinze livres le tout au choix des héritiers du futur descendant du présent mariage.

Ladicte habitation fiuya par le décès d'icelle du convol en aultres nopces.

Au cas contraire la future précédant le futur sans enfans, il sera tenu restituer à ses héritiers toute la susdicte dot mobilière et immobilière avecq tout ce que luy sera eschu par les moïens et voir cy dessus quittement de tan debtes de communauté.

Et ou il y aura enfans, en cas de partage avec eux, il aura par préciput ses habits, linges, armes et chevaux. Et en même faveur et contemplation de ce présent mariage les père et mère des futurs, ledict sieur père prenant en mains comme dessus ont institué et instituent par ces présentes ledit sieur futur leur héritier avec leurs aultres enfans masles nez et à naistre par égale pourtions de tous les biens dont ils mourront vestus et saisis à la charge de bailler par luy et sesdicts frères aussy esgallement à chacune de leurs filles nez et à naistre la somme de quatre mil cinq cent livres pour sous droits de leurs successions et sy ledicts père et mère avaient payé lesdits apanages à leurs dittes filles pendant leur vye en tout ou en partie, le futur et susdicts frères demeureront quittes de tout ou de ce qui se trouvera avoir esté payé. Et se soubmettant les partyes pour l'effet de ce que dessus sont le... et par exprès de la Sénéchaussée de cedit pays de Bourbonnais. Et pour requérir et consentir l'insinuation des présentes partout ou besoing sera, ils ont constitué leur procureur le porteur d'icelles auquel ils donnent tout pouvoir et soit scellé et controllé suivant les esdits.

En tesmoing de quoy nous Garde susdict ledict scel que tenons avons fait mettre et appozer à ces présentes fautes et passées audict Moulins, Maison de ladicte damoiselle Aubery, après midi le dernier jour de février mil six cent vingt huict. En présence desdits sieurs Tallon curateur de la future et de Lachaize, beau-frère du futur, de noble Nicolas Aubery sieur d'Ardoyne, avocat en ladite sénéchaussée et Nicolas Guynard sieur du Chastelet, oncle d'icelle future, et noble Anthoine Gravyer, frère dudict futur demeurant en la maison de maistre Pierre Gonnard, procureur, qui ont avecq les parties signé. Aussi signé : Gravyer, Aubery de Lachaize, Aubery, Guynard, Gravier et Huilbard notaire.

Vu, le Doyen,
P. CAUWÈS.

Vu par le Président de la thèse,
CH. LEFEBVRE.

Vu et permis d'imprimer.
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
pour le Vice-Recteur Inspecteur de l'Académie.

ALBERT CAHEN.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	I
Plan de l'ouvrage	12
Chapitre Premier. — La puissance maritale	15
Chapitre II. — Communauté conjugale	32
Titre Premier. — Communauté légale	35
I. — Fonctionnement de la communauté	47
Pouvoirs du mari	48
Pouvoirs de la femme	56
II. — Dissolution de la communauté	60
III. — Régime des « Biens dotaux »	74
IV — Les récompenses dans la communauté légale	81
Titre II. — Communauté conventionnelle	89
Chapitre III. — Le douaire	98
Douaire conventionnel	104
Autres gains de survie et préciput conventionnel	109
Chapitre IV. — Libéralités entre époux	112
Dons du futur à l'autre par contrat de mariage	112
Donation entre époux pendant le mariage	114
Le don mutuel	118
Conclusion	124
Ancienne Coutume de Vichy	126
Pièces justificatives	129

